

KLAUS LUBITZ

**VERTRAGLICHE GRUNDLAGEN DES
GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN ABFINDUNGS-
ANSPRUCHS UND IHRE EINORDNUNG UNTER
EINEN BESTIMMTEN RECHTSGESCHÄFTSTYPUS**

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554825_0026

VERTRAGLICHE GRUNDLAGEN DES GESELLSCHAFTSRECHT-
LICHEN ABFINDUNGSANSPRUCHS UND IHRE EINORDNUNG
UNTER EINEN BESTIMMTEN RECHTSGESCHÄFTSTYPUS

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Klaus Lubitz

Wuppertal

1982



Erster Berichterstatter:	Professor Dr. Kollhoser
Zweiter Berichterstatter:	Professor Dr. Westermann
Dekan:	Professor Dr. Harms
Tag der mündlichen Prüfung:	3.12.1982

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	VII
Einleitung	
Beurteilung der Bestimmung des § 738, I 2 BGB	1
1. Teil	
Rechtsgeschäftliche Grundlagen des Abfindungsanspruchs	12
A.	
Gesellschaftsvertragliche Abfindungsvereinbarungen	12
B.	
Bilanzfeststellungen	15
2. Teil	
Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Typus der Berechnungsgrundlagen	20
A.	
Rechtliche Bedeutung	20
B.	
Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Typus von Abfindungsklauseln	31
I.	
Beschränkung auf die Buchwertklausel	31
II.	
Möglichkeit einer isolierten Betrachtung von Abfindungsklauseln	32
III.	
Bisher vertretene Auffassungen zum rechtsge- schäftlichen Typus von Abfindungsvereinbarungen	35
1. Abfindungsklausel als rein sozialrechtliche Regelung	38
a) Die Auffassungen Rittners und Zieglers	38
b) Kritik Heckelmanns	38
c) Stellungnahme	41
aa) Begriff des Mitgliedschaftsrechtes	44
1. Beschreibung der schuldrechtlichen Ansprüche der Gesellschafter	46
2. Darstellung einer dinglichen Berechtigung	53
3. Anteil am Reinvermögen	57

bb) Inhalt des Mitgliedschaftsrechtes	64
2. Buchwertklauseln als entgeltliche oder unentgeltliche Verträge	73
a) Der Kapitalwert als Zuwendungsgegenstand	73
b) Der Kapitalanteil als Zuwendungsgegenstand	76
c) Die Mitgliedschaft als Zuwendungsgegenstand	78
aa) Die von Goroncy vertretene Ansicht	79
bb) Die von Flume vertretene Auffassung	86
cc) Stellungnahme	92
d) Der nach § 738, I 2 BGB bestehende Abfindungsanspruch als Zuwendungsgegenstand	106
aa) Die überwiegende Meinung der Literatur	107
bb) Stellungnahme	109
cc) Die von Heckelmann vertretene Auffassung	123
e) Einfluß der Vorschriften der §§ 3, I Nr. 2 und 7, VII ErbStG	131
3. Ergebnis	143
IV. Klauseldifferenzierungen	151
V. Schutz* der von Abfindungsklauseln betroffenen Dritten durch analoge Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften	157
C. Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Typus der Bilanzfeststellungen	170
I. Vertragscharakter der Bilanzfeststellung	170
II. Einordnung dieses Vertrages unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstypus	176

	<u>Seite</u>
1. Wirtschaftlicher Zweck	176
2. Rechtsnatur der Feststellung der Abschichtungsbilanz	179
a) Feststellung der Abschichtungsbilanz als abstraktes Schuldanerkenntnis i.S. des § 781 BGB	182
b) Kritik von Riegger	187
c) Ergebnis	189
3. Feststellung der Jahresbilanz	195

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.	auch
Altern.	Alternative
A.T.	Allgemeiner Teil
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
B.T.	Besonderer Teil
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
Großkomm.	Großkommentar
Iherings Jb	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
insbes.	insbesondere
m.E.	meines Erachtens
MK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Rdnr.	Randnummer
Rdz.	Randzeichen
u.a.	unter anderem
Vorbem.	Vorbemerkung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
zit.	zitiert

Im übrigen entsprechen die benutzten Abkürzungen den Vorschlägen von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechts-sprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

LITERATURVERZEICHNIS

- Andörfer Ausschluß und Beschränkung des Kündigungs-
 rechts bei Personengesellschaften,
 Diss. Köln 1967
- Bach Anmerkung zum Urteil des RG vom 12.6.1936,
 JW 1936, 3118 - 3120
- Bachmann Bewertungsgrundsätze zur Berechnung des
 Anfangs- und Endvermögens beim güterrecht-
 lichen Zugewinnausgleich,
 Diss. Mainz 1970
- Ballerstedt Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff
 des Rechts der Personengesellschaften,
 JuS 1963, 253 - 263
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, Kommentar,
 23. Auflage München und Berlin 1978
- Binder Die Rechtsstellung der Erben nach dem
 deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil,
 Leipzig 1901
- Bley Anmerkung zu dem Urteil des RG v.
 16. Okt. 1937, JW 1938, 1. Band, S. 527 f.
- Böhle-Stamschröder Konkursordnung, 12. Auflage,
 München 1976
- Bolze Die Praxis des Reichsgerichts in Zivil-
 sachen, 12. Band,
 Leipzig 1892
- Braunschweig, v. Die Auswirkungen des neuen Erbschafts-
 steuergesetzes auf das Gesellschaftsrecht,
 BB, 1357 - 1360
- Brox Erbrecht, 6. Auflage,
 Berlin-Bonn-München 1979
- Buchda Geschichte und Kritik der deutschen
 Gesamthandlehre,
 Marburg 1936
- Buchner Zur rechtlichen Struktur der Personen-
 gesellschaften, AcP 169, 483 - 512
- Buchwald Gesellschaftsanteil und Erbrecht,
 AcP 154, 22 - 33

- | | |
|----------------------|---|
| Buchwald | Die Bilanzen der Personalgesellschaften als Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern, JR 1948, 65 - 69 |
| Crezelius | Erbschaft- und Schenkungsteuer in zivilrechtlicher Sicht, Herne, Berlin 1979 |
| Dörner | Die neue UEC-Methode der Unternehmensbewertung, Wpg 1977, 657 - 663 |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Band I Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 |
| Ebel | Berichtung, transactio und Vergleich Tübingen 1978 |
| Eckelt | Vermögensanteil und Kapitalanteil, NJW 1954, 1905 - 1910 |
| Eckhardt | Das Steuerrecht und die Einheit der Rechtsordnung, StbJb 1961/62, 77 - 141 |
| Ehlers | Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 15.6.1949, JR 1950, 86 - 87 |
| Engisch | Einführung in das juristische Denken, 5. neubearbeitete Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971 |
| Enneccerus-Lehmann | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958 |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960
und 1. Halbband, Tübingen 1959 |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, Münster 1975
(zit.: Erman-Bearbeiter) |
| Esch | Gesellschaftsvertragliche Buchwertabfindung im Falle der Ausschlusskündigung, NJW 1979, 1390 - 1395 |
| Esser | Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971 |
| ders. | Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1970 |

- Fabricius Relativität der Rechtsfähigkeit,
München und Berlin 1963
- Finger Einziehung des Geschäftsanteils beim Tode
eines Gesellschafters und Nachfolgeregelung,
GmbH-Rundschau 1975, 97 - 104
- Fischer Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-
Geschäftsanteils, GmbH-Rundschau,
1961, 21 - 27
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
1. Band, 1. Teil: Die Personengesellschaft,
Berlin, Heidelberg, New York 1977
- ders. Die Abfindung nach der Buchwertklausel
für den Gesellschafter minderen Rechts einer
Personengesellschaft,
NJW, 1979, 902 - 905
- ders. Die Abfindungsklauseln beim Ausscheiden
eines Gesellschafters aus einer Personen-
gesellschaft, Festschrift für Kurt
Ballerstedt, 197 - 218
Berlin 1975
- ders. Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlich-
keit des Gesellschafters bei der OHG, Fest-
schrift für Alexander Knur, 125 - 143
München 1972
- ders. Steuerwesen und Rechtsfindung, Festschrift
für Rudolf Smend, 59 - 101
Göttingen 1952
(zit.: Flume, Steuerwesen)
- Gierke, v. Deutsches Privatrecht, 1. Band,
Leipzig 1895
- Giese Die konkursrechtliche Anfechtung in der
neueren Rechtsprechung, BB 1969, 562 - 565
- Grunz Vertragliche Regelungen des Abfindungsan-
spruchs bei der OHG in den Fällen des
Ausscheidens unter Lebenden,
Diss. Münster 1963
- Godin, v. Zum Handelsgesetzbuch - Kommentar von
Gessler-Hefermehl-Hildebrand-Schröeder II,
Wpg 1958, 226 - 230
- Goroncy Gesellschaftsrechtliche Probleme der Zugewinn-
gemeinschaft unter besonderer Berücksichti-
gung der Bewertungsfragen,
Diss. Bonn 1965

- Goroncy Bewertung und Pflichtteilsberechnung bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, NJW 1962, 1895 - 1900
- Gottschling Gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln im Zwangsvollstreckungsrecht, in: GmbH - Rundschau 1965, 52 f.
- Großfeld Bilanzrecht, Heidelberg-Karlsruhe 1978
- Hachenburg GmbH - Großkommentar 7. Auflage, Berlin 1977
- Haehling von Lanzenauer Die Bedeutung der Gestaltungsmöglichkeiten der Erbfolge für die Erhaltung der Unternehmung, Diss. Köln 1966
- von Hahn Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage Braunschweig 1897
- Heckelmann Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, München 1973
- Henle Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Schuldrecht, Rostock 1934
- Heymann-Kötter Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin-New York 1971
- Hinke Der Pflichtteil bei dem Tod des Gesellschafters einer OHG, Diss. Bonn 1966
- Hoeningner Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910
- Hoffmann Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen, AcP 158, 178 - 222
- Huber Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970
- Hueck Das Recht der OHG, 4. Auflage Berlin-New York 1971

- Hueck-Nipperdey-Dietz Arbeitsordnungsgesetz, Kommentar 3. Auflage,
München und Berlin 1939
- Jaeger Konkursordnung mit Einführungsgesetzen,
8. Auflage, I. Band,
Berlin 1958
(zit.: Jaeger-Lent)
- Jauerning Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht,
14. Auflage,
München 1977
- Jonas Scheinprobleme bei der Bestimmung des
Unternehmenswertes, Wpg 1954, 531 - 534
- Kapp Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schen-
kungsteuergesetz, 7. Auflage 1977
- Käppler Die Steuerung der Gesellschaftererbfolge in
der Satzung einer GmbH,
ZGR 1978, 542 - 577
- Klein Das Abfindungsguthaben des ausscheidenden
Gesellschafters aus einer OHG,
Diss. München 1947
- Knobbe-Keuk Erbschaftsteuer bei unentgeltlichem Erwerb
von Gesellschaftsanteilen, StbJb 1978/79,
413 - 441
- Knöchlein Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandels-
gesellschaften, DNotZ 1960, 452 - 475
- Knur Die Auswirkungen der Reform des Unehelichen-
rechts auf den Unternehmensbereich,
DB 1969, 203 - 210
- Kobs Austritt aus Personengesellschaften in
einkommensteuerlicher Sicht, 4. Auflage,
Ludwigshafen 1965
- Kübler Feststellung und Garantie,
Tübingen 1967
- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen
Rechts, 5. Auflage,
München 1980
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemei-
ner Teil, 12. Auflage, München 1979, II. Band:
Besonderer Teil, 11. Auflage,
München 1977
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. er-
gänzte Auflage,
Berlin, Heidelberg, New York 1979

- Liebisch Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipzig 1927
- Lübtow, v. Erbrecht, 1. Halbband, Berlin 1971
- Makower Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 10. Auflage, Berlin 1890
- Marburger Das kausale Schuldanerkennntnis als einseitiger Feststellungsvertrag, Berlin, New York 1971
- Medicus Bürgerliches Recht, 9. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1979
- Meincke Bürgerliches Recht und Steuerrecht, JuS 1976, 693 - 700
- Mellerowicz Zur Problematik der Bewertung des Unternehmungsganzen, Wpg 1953, 199 - 203
- Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck Konkursordnung, 9. Auflage, München 1979
- Möhring Zur Zulässigkeit von Abfindungsklauseln in den Verträgen der Handelsgesellschaften, Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Festschrift für Carl Hans Barz, S. 49 - 66, Berlin-New York 1974
- Möschel Zweifelsfragen bei deklaratorischen Schuldanerkennntnissen, DB 1970, 913 - 920
- Moxter Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung - Bedeutung und Quellen, BB 1976, 989 - 991
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, München 1978
(zit.: MK-Bearbeiter)
- Nastelski Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955, 212 - 215
- Nitschke Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970
- Oertmann Entgeltliche Geschäfte, München 1912

- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 39. Auflage
München 1980
- Paulick Handbuch der stillen Gesellschaft,
2. Auflage,
Köln 1971
- Pawlowski Abschied von der "wirtschaftlichen Be-
trachtungsweise" im Steuerrecht?, BB 1977,
253 - 259
- Potthoff-Zintzen Die Gesellschaftsverträge der Personal-
gesellschaften, 3. Auflage,
Köln-Opladen 1965
- Priester Grundsatzregelung, Wertmaßstäbe und Zahlungs-
modalitäten des Einziehungsentgelts für
GmbH-Anteile bei Pfändung oder Konkurs,
GmbH-Rdsch. 1976, 5 - 10
- Raabe Unentgeltliche Einziehung eines GmbH-Ge-
schäftsanteils bei Pfändung und im Konkurs
des Gesellschafters, BB 1956, 708 - 710
- Randenborgh, v. Das negative Kapitalkonto bei der Personen-
gesellschaft, DNotZ 1959, 373 - 386
- Reich Vertragsschuldverhältnisse, Band 3,
München 1974
- Reichsgerichtsräte-
Kommentar zum bürger-
lichen Gesetzbuch Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von
Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, II. Band,
4. Teil, 12. Auflage,
Berlin, New York 1978; V. Band, 2. Teil,
12. Auflage,
Berlin, New York 1975
- Reichsgerichtsräte-
Kommentar zum Handels-
gesetzbuch Handelsgesetzbuch, Großkommentar, II. Band,
1. Teil, 3. Auflage,
Berlin, New York 1971
(zit.: Fischer bzw. Ulmer in Großkomm.)
- ders. 2. Auflage
(zit.: Weipert in ...)
- Reinicke Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und
Erbrecht, NJW 1957, 561 - 564
- Riegger Die Rechtsfolgen des Ausscheidens eines
Gesellschafters aus einer zweigliedrigen
Personalgesellschaft,
Karlsruhe 1969
- Rittner Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungs-
weise in der Rechtsprechung des BGH, Schrif-
tenreihe der Juristischen Studiengesellschaft
Heft 124,
Karlsruhe 1975

- ders. Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft (III)
Der Zugewinnausgleich FamRZ 1961
505 - 516
- Ritzmann Über den Feststellungsvertrag,
Diss. Hamburg 1973
- Rokas Die Teilhaberschaft an der OHG und ihre
Vererbung,
Berlin 1965
- Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts,
9. Auflage,
München und Berlin 1961
- Scherpf Handbuch der Personengesellschaften,
II. Teil Betriebswirtschaft, 3. Auflage,
Köln 1978
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Band II, 4. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1963,
Band III, 5. Auflage, München 1973
(zit.: Schlegelberger-Bearbeiter)
- ders. Handelsgesetzbuch, 3. Band, 4. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1965
- Schmalenbach Die Beteiligungsfinanzierung, 7. Auflage,
Köln und Opladen 1949
- Schmidt Wechselverband und Gesellschafterhaftung bei
Personengesellschaften des Handelsrechts,
ZHR 137 (1974), 509 - 526
- ders. Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln
im Schnittpunkt von Gesellschafts-, Voll-
streckungs-, Familien- und Erbrecht,
FamRZ 1974, 518 - 522
- Schmitz-Herscheid Die Unternehmensnachfolge in der OHG
von Todes wegen,
Berlin 1969
- Schnorr, v. Beiträge zur Lehre vom Vergleich,
Carolsfeld Beslau 1929
- Schönle Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden
OHG-Gesellschafters DB 1959, 1427 - 1431
- Schreiber Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht,
Iherings Jb 60 (1912), 106 - 228
- Schünemann Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft
unter besonderer Berücksichtigung des
Vollstreckungsrechts,
Bielefeld 1975

- Schulze-Osterloh Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972
- ders. Der Bereicherungswille bei der freigebigen Zuwendung im Schenkungssteuerrecht, StuW 1977, 122 - 142
- Schulze zur Wiesche Die Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerpflicht von Zuwendungen im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses, DStR 1974, 698 - 701
- Schwandt Der Zugewinnausgleichsanspruch als Gegenstand vertraglicher Regelung im Recht der Personengesellschaften, Diss. Münster 1966
- Schwarze Die Vermögensauseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personalgesellschaft, Leipzig 1937
- Siebert Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG, 3. Auflage, Karlsruhe 1958
- ders. Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, Stb JB 1955/56, 299 - 334
- ders. Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsrecht, NJW 1960, 1033 - 1040
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Stuttgart 1969
(zit.: Soergel-Bearbeiter)
- Stachels Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 15.6.1949, JR 1949, 383 - 387
- Staudinger J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Auflage, II. Band, 4. Teil, Berlin 1975,
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1978,
IV. Band, 2. Teil, 10./11. Auflage, Familienrecht, Berlin 1970
(zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- Stötter Die Nachfolge in Anteile an Personengesellschaften aufgrund Gesellschaftsvertrags- oder Erbrechts, DB 1970, 525-530 u. 573-577

- Strauch Mehrheitlicher Rechtssersatz,
Bielefeld 1972
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personen-
gesellschaften, 5. Auflage,
München 1978
- ders. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 4. Auflage,
München 1978,
(zit.: Sudhoff, GmbH)
- ders. Handbuch der Unternehmensnachfolge,
München 1972
- ders. Die Berechnung des Auseinandersetzungsgut-
habens bei Personengesellschaften, ZGR 1972,
157 - 179
- ders. Pflichtteilsanspruch und Buchwertabfindung,
DB 1973, 53 - 57
- ders. Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln,
Der Betrieb 1965, 655 - 658
- ders. Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht,
DB 1961, 1573 - 1576
- ders. Unternehmensnachfolge und Pflichtteils-
anspruch, DB 1968, 648 - 653
- Tägert Beiträge zur Theorie des Feststellungs-
vertrages,
Breslau 1934
- Thomas-Putzo Zivilprozeßordnung, 10. Auflage,
München 1978
- Tiedau Gesellschaftsvertrag und neues eheliches
Güterrecht unter besonderer Berücksichti-
gung gesellschaftsrechtlicher Abfindungs-
klauseln, MDR 1959, 253 - 258
- Tillmann Erbschaftssteuer bei Ausscheiden des
Gesellschafter-Erben, in GmbH-Rdsch 1974,
262 - 269
- Tipke Steuerrecht - Ein systematischer Grundriß
8. völlig überarbeitete Auflage,
Köln 1981
- Tuhr, v. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts, Erster Band, Zweiter Band,
Erste Hälfte,
München und Leipzig 1914

- Ulmer Wirksamkeitsschranken gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln, NJW 1979, 81 - 86
- ders. Gesellschafternachsfolge und Erbrecht, ZGR 1972, 195 - 222
- ders. Die Mitwirkung der Kommanditisten an der Bilanzierung der KG, Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, 1976, 207 - 224 (zit.: Ulmer, Strukturen)
- Wallis, v. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, Festschrift für Ottmar Bühler 249 - 277 Köln 1954
- Weipert Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band, 2. Auflage, Berlin 1950
- Westermann Handbuch der Personengesellschaften, Band 1, 3. Auflage, Köln 1978
- Wiedemann Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965
- Wieland Handelsrecht, I. Band München und Leipzig 1921
- Wolff-Raiser Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- Würdinger Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937
- ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.10.1952, JZ 1953, 225 f.
- Ziegler Die Wirksamkeit von Abfindungsklauseln bei der Zwangsvollstreckung in die Beteiligung an einer OHG, Diss. Freiburg 1966
- Zunft Materiellrechtliche und prozeßrechtliche Fragen zur Bilanz der OHG und der KG, NJW 1959, 1945 - 1949

Einleitung Beurteilung der gesetzlichen Bestimmung
des § 738, I 2 BGB

Nach § 738, I S. 2 BGB¹⁾ entsteht ein Abfindungsanspruch in allen Fällen, in denen in der Person eines Gesellschafters ein gesetzlicher Auflösungsgrund eintritt und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird. Die Mitgliedschaft des Ausscheidenden in der Gesellschaft wird aufgelöst, und es entstehen zwischen den Beteiligten die in den §§ 738 bis 740 geregelten rein obligatorischen Rechtsbeziehungen.²⁾

Die Gründe, die zum Ausscheiden eines Gesellschafters führen können, sind der Ausschluß eines Gesellschafters (§ 737, §§ 140, 142, I HGB), die Kündigung eines Gesellschafters (§ 736, § 138 HGB), der Konkurs eines Gesellschafters (§ 736, §§ 138, 142 HGB) und die Kündigung eines Privatgläubigers (§ 736 analog³⁾, §§ 141, 142, II HGB).

Unter den in den §§ 738 ff. geregelten Folgen des Ausscheidens kommt dem Abfindungsanspruch nach § 738, I 2 eine besondere Bedeutung zu, da nach dieser Vorschrift dem Ausgeschiedenen der Wert seiner Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich erhalten werden soll.⁴⁾

Nach dieser Vorschrift ist an den ausscheidenden Gesellschafter "dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit

1) Im folgenden sind die nicht näher bezeichneten Vorschriften die des BGB.

2) Riegger, S. 89.

3) Palandt-Thomas § 736 Anm. 2 a; Soergel-Schulze von Lasaulx § 725, Rdnr. 7; RGRK - BGB § 736, Anm. 2.

4) Riegger, S. 89.

seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre." Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln (§ 738, II).

Eine Bemessung des Abfindungsanspruchs nach der gesetzlichen Regelung des § 738 wird jedoch den Interessen der Beteiligten nicht gerecht. Sowohl dem ausscheidenden als auch den die Gesellschaft fortführenden Gesellschaftern ist aus Zeit- und Kostenersparnisgründen sowie aus Gründen der Abschätzbarkeit der Höhe des bei einem Ausscheiden entstehenden Abfindungsanspruchs an einer einfachen und im Ergebnis eindeutigen Regelung zur Berechnung des Abfindungsanspruchs gelegen. Diese Anforderung erfüllt die gesetzliche Regelung des § 738 jedoch keineswegs. Schon bei der Bestimmung der bei der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde zu legenden Wertfaktoren gibt diese Vorschrift Anlaß zu Auseinandersetzungen.

Der Grund hierfür liegt darin, daß sich gem. § 738, I 2 die Höhe des Abfindungsanspruchs danach bemißt, was der Ausscheidende im Falle einer Liquidation der Gesellschaft erhalten würde. Zur Ermittlung einer sich für einen bestimmten Zeitpunkt ergebenden fiktiven Liquidationsquote ist auf der Grundlage einer Unternehmensbewertung der Wert des dem ausscheidenden Gesellschafter zustehenden Gesellschaftsanteils zu berechnen. Dieser ist nach § 738, II im Wege der Schätzung zu ermitteln. Anerkannte Grundsätze einer annähernd sicheren Unternehmensbewertung, die zu einheitlichen Ergebnissen bezüglich desselben Bewertungsobjektes führen, sind aber bis heute noch nicht entwickelt worden.¹⁾

1) Moxter BB 1976, 989 (991) verharmlost diese Unsicherheit bei der Unternehmensbewertung, wenn er behauptet, daß lediglich "gewisse periphere Unbestimmtheitsbereiche verbleiben", vgl. die folgende Darstellung der verschiedenen Auffassungen zur Feststellung des Unternehmenswertes.

Vielmehr gibt es eine verwirrende Vielfalt juristischer und betriebswirtschaftlicher Lehrmeinungen zur Methodik der Unternehmensbewertung im Ausscheidensfall.¹⁾

In der Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß der Abfindungsanspruch ein echtes Äquivalent dafür sein soll, daß die übrigbleibenden Gesellschafter unter Einbehaltung des Beteiligungswertes des Ausscheidenden das Unternehmen "als eine organisatorische und wirtschaftliche Einheit" fortsetzen können.²⁾

Eine solche Betrachtungsweise, die nicht die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände isoliert nach ihrem Wert beurteilt, sondern sie als Teil des Unternehmens insgesamt bewertet und die darüber hinaus den Wertzuwachs bei den verbleibenden Gesellschaftern zugrundelegt, hat zweierlei Konsequenzen.

Zum einen sind die einzelnen Aktiva nicht mit dem Anschaffungswert, sondern mit ihrem derzeitigen Verkehrswert einzusetzen.³⁾

Dies hat Bedeutung für die Bewertung des Warenlagers, vor allem bei solchen Gütern, die, wie z.B. besondere Edelmetalle, Kursschwankungen unterliegen. Darüber hinaus wirkt sich diese Auffassung auch bei der wertmäßigen Erfassung des Anlagevermögens aus. Insbesondere bestimmte Spezialmaschinen sind nicht nach dem Verkaufswert als Einzelobjekt, der sich häufig dem Schrottwert nähert, zu veranschlagen, sondern nach dem Wert,

1) Vgl. im einzelnen die Darstellungen von Dörner WP-Handbuch 1973, 1089 ff.; Glunz, S. 10 ff.; vgl. a. Sudhoff, S. 365.

2) RGZ 106, 128 (132); BGB-RGRK § 738, Anm. 4; BGH BB 1961, 348; BGHZ 17, 130 (136); Baumbach-Duden § 138, Anm. 5 H; Heckelmann, S. 28; Huber, S. 320; Schlegelberger-Geßler § 138, Anm. 17.

3) Vgl. RG 94, 106 (107).

den die Maschine für das Unternehmen verkörpert,¹⁾ d.h. den sie zu dem Ertrag des Unternehmens beisteuert.²⁾

Zum anderen wird nach dieser Auffassung bei der Unternehmensbewertung auch der ideelle Firmenwert zu berücksichtigen sein.

Dieser Wert, der solche für die Existenz und die wirtschaftliche Stellung eines Unternehmens erhebliche Posten wie beispielsweise die geschäftlichen Beziehungen zu Abnehmern und Lieferanten, eine gut funktionierende Verkaufsorganisation und den geschäftlichen Ruf der Firma mit seinen Auswirkungen auf die besonders wichtige Kreditwürdigkeit erfaßt, fließt nämlich ebenfalls den verbleibenden Gesellschaftern zu.

Nach der Meinung von Schönle³⁾ ist demgegenüber streng auf den Wortlaut des § 738 abzustellen, der bei der Bemessung des Abfindungsanspruchs nicht den den übrigen Gesellschaftern anwachsenden Wert, sondern den fiktiven Liquidationswert zugrunde legt. Dieser ergibt sich nach Auffassung Schönle's grundsätzlich aus der Summe der Verkaufserlöse, die bei der Einzelveräußerung der Aktiva unter Abzug der Passiva erzielt wird. Der entscheidende Unterschied bei der Auffassungen besteht darin, daß der Wert des weitergeführten Unternehmens sich nicht auf die bei einer Naturalteilung erzielten Erlöse für das gegenständliche Vermögen (z.B. Immobilien, Maschinen, Warenvorräte) bzw. ideelle Vermögen (z.B. behördliche Konzessionen, Urheberrechte, Patente, Lizenzen) beschränkt. Hinzu kommt nämlich der Be-

1) Vgl. Hueck § 29 II 5a, S. 453.

2) Nähere Hinweise, nach welchen Kriterien sich ein solcher Wert ermitteln läßt, fehlen allerdings, vgl. Hueck, a.a.O.

3) Schönle, DB 1959, 1427 (1428).

trag, um den der Wert des lebenden Unternehmens die Summe der Werte der zum Gesellschaftsvermögen zusammengeschlossenen einzelnen Vermögensgegenstände abzüglich der Schulden übersteigt. Der sog. Firmenwert (oder ideelle Geschäftswert, good will) findet nach dieser Auffassung keine Berücksichtigung.

Aber auch bei der Ermittlung der Werte der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ergeben sich Unterschiede. Deutlich wird dies wiederum bei dem Beispiel der Spezialmaschine, die bei Zugrundelegung einer isoliert von dem übrigen Gesellschaftsvermögen vorgenommenen Veräußerung im Regelfall einen weitaus niedrigeren Verkaufserlös erbringen wird als bei einer Veräußerung im Zusammenhang mit dem Unternehmen insgesamt.

Im Ergebnis ist die Auffassung von Schönle abzulehnen. Es ist nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft dadurch mit einer Sanktion zu belegen, daß er oder seine Erben beim Ausscheiden im Todesfalle als Folge des Ausscheidens wertmäßig den Anteil am Firmenwert, aber auch am Ertragswert, verlieren. Dies würde den ausscheidenden im Verhältnis zu den verbleibenden Gesellschaftern auch unbillig benachteiligen, denn diesen würde der Anteil an diesen Wertfaktoren zufließen.¹⁾ Entgegen der Meinung von Schönle ist diese Lösung auch nicht contra legem gewonnen. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß auch bei einer Liquidation der Gesellschaft zumindest potentiell eine Veräußerung des Unternehmens als Einheit stattfinden kann,

1) Vgl. v. Hahn AD HGB Art. 131, Anm. ; Makower AD HGB Art. 131, Anm. 20; vgl. a. Heckelmann, S. 28

soweit sich ein Käufer findet. In diesem Fall fände auch bei einer Liquidation der Firmenwert bzw. der Ertragswert Berücksichtigung, soweit ein solcher durch den Verkauf realisiert werden kann. Dies ist bei einem lebensfähigen Unternehmen anzunehmen. Im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aber ist ein lebensfähiges Unternehmen zu unterstellen, da anderenfalls die übrigen Gesellschafter es kaum fortführen würden. Der insoweit mißverständliche Wortlaut des § 738, I 2 beruht dagegen auf der fehlenden gesetzlichen Differenzierung zwischen Abfindungs- und Auseinandersetzungsanspruch.

Legt man also, wie Schönle es tut, den fiktiven Liquidationswert der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde, müssen hierbei auch die ideellen Vermögenswerte des Unternehmens berücksichtigt werden.

Eine vermittelnde Auffassung vertritt Flume.¹⁾ Ähnlich wie Schönle ist auch Flume der Ansicht, daß die Abfindung nach dem fiktiven Liquidationserlös und nicht nach dem Zuwachs zugunsten der verbleibenden Gesellschafter zu bemessen ist. Entgegen Schönle ist Flume aber der Auffassung, daß im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters der fiktive Liquidationswert des Unternehmens nicht dem Erlös aus der Einzelveräußerung der Aktiva abzüglich der Passiva entspricht. Aus dem Umstand, daß die verbleibenden Gesellschafter das Unternehmen weiterbetreiben, ergebe sich, daß es im ganzen günstiger zu verkaufen sei, so daß auch für die Bemessung des Abfindungsanspruchs der bei einem solchen Verkauf zu erzielende Erlös zugrunde zu legen sei. Insoweit ist der Auffassung von Flume gegen Schönle zuzustimmen. Im Er-

1) Flume, S. 170 f.

gebnis ist aber auch die von Flume vertretene Auffassung ebenso wenig praktikabel wie die der h.M. in der Rechtswissenschaft, da keine näheren Hinweise auf Bewertungsmaßstäbe gegeben werden, die eine annähernd richtige oder zumindest einheitliche Ermittlung des fiktiven Verkaufserlöses ermöglichen. So stellt Flume¹⁾ selbst resümierend fest, daß "der Verkaufswert mangels eines tatsächlichen Kaufangebotes stets eine bloße Hypothese ist."

Ein tatsächlich erzielbarer Verkaufswert (= Verkehrswert) kann also nicht als Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Höhe des Abfindungsanspruchs dienen. Auch die von Flume und der h.M. vertretene Auffassung ist daher im Ergebnis abzulehnen.

Demgegenüber wird von den meisten betriebswirtschaftlichen Autoren der Wert eines Unternehmens entsprechend seinem Ertrag ermittelt.²⁾ Hierbei kommt im Gegensatz zum Wert der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens der Gewinnerwartung des Unternehmens die entscheidende Bedeutung zu.

Diese Bewertungsmethode ist für die Ermittlung des Abfindungsanspruchs die sachgerechte Lösung. Geht man, wie oben³⁾ geschehen, von der Prämisse aus, daß in Höhe des bei den verbleibenden Gesellschaftern eintretenden Wertzuwachses abgefunden werden muß, ist die Ertragsbewirtschaftung des Unternehmens als gewählte Nutzungsform zugrunde zu legen. Die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes und die Veräußerung von Einzelteilen desselben scheiden von vornherein als Maßstab aus.⁴⁾ Dann aber besteht der wirtschaftliche Nutzen, den die verbleibenden Gesellschafter ziehen, in der Summe der künftigen Erträge.

1) Flume, S. 175.

2) Vgl. z.B. Glunz, S. 13; Jonas Wpg 1954, 531 (533 f.); Mellerowicz Wpg 1953, 199 (201); Schmalenbach, S. 39 ff.

3) Vgl. S. 5.

4) Vgl. Glunz, S. 12.

Aber auch unter Zugrundelegung der Ertragswertmethode verbleiben erhebliche Unsicherheiten bei der Unternehmensbewertung. Diese sind darauf zurückzuführen, daß bei einer Unternehmensbewertung, die auf der Ermittlung zukünftig eintretender Erträge beruht, Umstände zu berücksichtigen sind, die einer eindeutigen ziffermäßigen Erfassung nicht zugänglich sind. Wie sollen z.B. die persönlichen Einflüsse des ausscheidenden Gesellschafters auf die Unternehmensführung bewertet werden? Erhebliche Schwierigkeiten bereitet aber auch eine annähernd exakte Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes für die Bewertung des allgemeinen Betriebsrisikos.¹⁾ Dies hat dazu geführt, daß bezüglich desselben Bewertungsobjektes höchst unterschiedliche Ergebnisse ermittelt wurden.²⁾ Das allseits bestehende Interesse an einer einfachen und eindeutigen Regelung erfüllt die Vorschrift des § 738, I 2 somit nicht.

Ein weiteres Anliegen der Beteiligten besteht darin, daß eine gerechte Abwägung zwischen dem Interesse des Ausscheidenden an einer dem wahren Vermögenswert der Beteiligung entsprechenden Abfindung und den Interessen der verbleibenden Gesellschafter an einer ungefährdeten Fortführung des Unternehmens stattfindet. Aber auch diesem Anliegen wird die gesetzliche Regelung des § 738, I 2 nicht gerecht. Sie normiert eine Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters in Geld, deren Höhe sich nach dem vollen Wert der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen bemißt. Eine solche Regelung mag den beteiligten Interessen bei einer BGB-Gesellschaft entsprechen, da bei dieser der Schutz der Unterneh-

1) Vgl. im einzelnen Glunz, S. 51 ff.

2) Vgl. Potthoff-Zintzen, S. 339; Schwarze, S. 114; vgl. a. Sudhoff, S. 386.

menskraft wegen der zumeist nur vorübergehenden Natur des Zusammenschlusses eine im Verhältnis zu Personengesellschaften, die häufig als dauerhafte Erwerbsgrundlage der Gesellschafter dienen, untergeordnete Rolle spielt.¹⁾ Da die BGB-Gesellschaft zudem kein Handelsgewerbe betreibt und daher im Regelfall über kein großes Vermögen verfügt, besteht bei ihr auch kaum eine durch die Höhe der Abfindungszahlung bedingte Existenzgefährdung. Von einer solchen Interessenlage ist der Gesetzgeber bei der Grundsatzregelung des § 738, I 2 ausgegangen.²⁾ Sie trifft jedoch bei Personhandelsgesellschaften, auf die diese Vorschrift gem. §§ 105, II; 161, II HGB entsprechend Anwendung findet, nicht zu. Dies soll an einem besonders krassen Beispiel verdeutlicht werden. Scheidet bei einer zweigliedrigen Personengesellschaft, an der beide Gesellschafter zu 50 % beteiligt sind, der eine Gesellschafter aus, so erfolgt ein Kapitalabfluß von 50 % des gesamten Unternehmenswertes. Geht man davon aus, daß bei der Höhe des Abfindungsanspruchs, errechnet nach der Ertragswertmethode, die stillen Reserven, vor allem aber auch der Firmenwert Berücksichtigung finden, so übersteigt die auszahlende Summe die Hälfte des bilanziellen Kapitals. Dies bedeutet, daß die Abfindung in der Regel nicht aus dem liquiden Vermögen der Gesellschaft finanziert werden kann, zumal das geltende Steuerrecht die Investition von Gewinnen prämiert. Die weitere Aufnahme von Fremdkapital wird in aller Regel an der schon erfolgten Ausschöpfung des Kreditrahmens und die Erhöhung des Eigenkapitals durch eine Einlagenerhöhung des verbleibenden Ge-

1) Vgl. Bach, JW 1936, 3118; Knöchlein, DNotZ 1960, 452 (453); Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705, Anm. 55.

2) Vgl. Möhring, Festschr. f. Barz, 49 (50).

sellschafters an dessen Kapitalkraft scheitern. Da eine Verteilung der Auszahlung auf einen längeren Auszahlungszeitraum an der Vorschrift des § 271, I scheitert,¹⁾ wird der Übernehmer zu der für die Existenz des Unternehmens gefährlichen Liquidierung von Produktionsmitteln gezwungen, was aber gerade durch die auch vom Gesetz in § 736; 138, 139, 141, 142, 144 HGB anerkannte Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft verhindert werden sollte. Dieses Beispiel zeigt, daß durch die gesetzliche Regelung des § 738, I 2 einseitig das Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einem vollen Ausgleich für den Verlust des Vermögensanteils an der Gesellschaft zu Lasten des Interesses an der Existenzsicherung des Unternehmens Beachtung findet.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß ein nach § 738, I 2 zu bemessender Abfindungsanspruch den an die Berechnung des Abfindungsanspruchs gestellten praktischen und wirtschaftlichen Anforderungen nicht gerecht wird. Zum einen setzt eine auf der Grundlage des § 738, I vorgenommene Berechnung des Abfindungsanspruchs eine Unternehmensbewertung

1) Baumbach-Duden § 138, Anm. 5 G; Staudinger-Keßler § 738, Anm. 12; Sudhoff, DB 1965, 655 (658); zwar folgert ein Teil der Literatur aus dem Gedanken einer nachwirkenden Treuepflicht, daß sich der Ausgeschiedene unter besonderen Umständen, insbesondere soweit eine Existenzgefährdung des Unternehmens droht, mit Ratenzahlungen einverstanden erklären muß, vgl. Hueck § 29 II 5 a, S. 458; Weipert § 138 Anm. 37; dies ist jedoch abzulehnen. Allenfalls kann die sofortige Auszahlung bis zum Zeitpunkt der Bilanzfeststellung verweigert werden, da die Annahme einer nachwirkenden Treuepflicht nach Auflösung der Mitgliedschaft und der Begründung rein schuldrechtlicher Beziehungen sehr fragwürdig ist, zumindest aber einschränkend interpretiert werden muß, so a. Riegger, S. 96; vgl. a. Sudhoff, a.a.O., S. 658.

voraus, die wegen der dargestellten Probleme als höchst unsicher, zeitaufwendig und teuer bezeichnet werden muß.

Zum anderen begünstigt § 738, I 2 das Abfindungsinteresse des Ausscheidenden auf Kosten des Bestandsschutzes der Gesellschaft.

Aus diesen Gründen wird es in der gesellschaftsvertraglichen Praxis immer häufiger als notwendig erachtet, die dispositive Bestimmung des § 738, I 2 durch abweichende vertragliche Regelungen zu ersetzen.¹⁾

1) Hueck, § 29, II 5 a, S. 459.

1. Teil Rechtsgeschäftliche Grundlagen des Abfindungsanspruchs

A. Abfindungsvereinbarungen

Es ergeben sich für die Beteiligten eine ganze Reihe von Möglichkeiten unterschiedlicher Klauselgestaltungen.¹⁾ Einige Arten von Abfindungsvereinbarungen sollen bei der weiteren Erörterung zunächst ausgeklammert werden, weil sie der mit Abfindungsvereinbarungen verfolgten Intention der Parteien an einer übersichtlichen, einen möglichen Streit ausschließenden und den Interessen beider Seiten gerecht werdenden Festlegung des Abfindungsanspruchs nicht entsprechen. Hier ist in erster Linie der im Gesellschaftsvertrag vereinbarte völlige Ausschluß jeglicher Ausgleichszahlungen für den Verlust der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zu nennen.²⁾ Bei dieser Art von Abfindungsvereinbarung findet eine Abwägung der beteiligten Interessen nicht statt. Vielmehr werden unter Außerachtlassung der Interessen des Ausscheidenden die der verbleibenden Gesellschafter einseitig berücksichtigt.

Zum anderen findet eine schon im Gesellschaftsvertrag fest vereinbarte Höhe der Abfindungsforderung in der Praxis wegen ihrer Starrheit kaum Anwendung.³⁾ Diese Lösung ist zwar einfach und eindeutig; sie stellt jedoch ebenfalls keine

1) Vgl. die Hinweise bei Siebert, S.12; Sudhoff, DB 1965, 655 ff.; Tiedau MDR 1959, 253 (255 ff.).

2) Dieser Klauseltyp findet dagegen häufig für den Spezialfall einer Regelung der Ausscheidensfolgen im Todesfall, insbesondere bei Familiengesellschaften, Anwendung; vgl. BGHZ 22, 186 (194); Andörfer, S. 70; Baumbach-Duden § 138, Anm. 5 H; Erman-Schulze-Wenck § 738, Anm. 5.

3) Glunz, S. 126.

Berechnungsgrundlage für einen Abfindungsanspruch dar, der durch die Orientierung an der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens zu einem vernünftigen Interessenausgleich führt. Somit verbleiben als in der gesellschaftsrechtlichen Kautelarpraxis häufig anzutreffende Gestaltung der Abfindung zwei als Grenzwege zu bezeichnende Klauseltypen. Die Wahl zwischen ihnen ist danach zu treffen, ob die Vereinbarung vorrangig dem Interesse an einer Vereinfachung der Berechnung, verbunden mit einer weitgehenden Beschränkung des Abfindungsanspruchs, dienen soll, oder ob in Angleichung an die gesetzliche Regelung eine möglichst anhand des "wahren" Wertes des Gesellschaftsvermögens orientierte Abfindung erfolgen soll.

Zur Erreichung des zuerst genannten Ziels bietet sich eine Abfindung auf der Grundlage des Buchwertes des Gesellschaftsanteils an, wie er sich aus einer näher zu bestimmenden Jahresbilanz ergibt.¹⁾ Hierbei werden die Interessen aller Beteiligten an einer raschen Abwicklung und einfachen Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs dadurch gewahrt, daß eine Unternehmensbewertung mit den dargestellten Schwierigkeiten insbesondere bei der Bestimmung des Firmenwertes nicht zu erfolgen braucht. Vielmehr ergibt sich bei der zumeist vorgenommenen Bezugnahme auf den letzten bilanzmäßig festgestellten Kapitalanteil die Höhe der Abfindungs-

1) Empfehlenswert ist die Zugrundelegung der letzten genehmigten Bilanz, da nur auf diese Weise Streitigkeiten über die Höhe der Abfindung zu vermeiden sind; darüber hinaus ist festzulegen, ob die Handels- oder Steuerbilanz maßgeblich sein soll (vgl. Sudhoff, DB 1965, 655 (656)).

forderung unmittelbar aus diesem Bilanzposten. Bei dieser vertraglichen Gestaltung der Auseinandersetzung wird zudem die Gefahr von Streitigkeiten der Beteiligten über das zugrundezulegende Bewertungsverfahren vermieden. Allerdings werden in aller Regel die Interessen der das Unternehmen fortführenden Gesellschafter an einer weitgehenden Beschränkung des Abfindungsanspruchs dadurch einseitig bevorzugt, daß der aus der Jahresbilanz ersichtliche Buchwert der Beteiligung des Ausscheidenden weder die stillen Reserven noch den im Verhältnis zum Wert der aktivierungspflichtigen Vermögensgegenstände zumeist beträchtlichen Firmenwert enthält. Der ausscheidende Gesellschafter erhält so zumeist nicht den wirklichen Wert seiner Beteiligung ausbezahlt.

Im Gegensatz hierzu stellt die andere Gestaltungsmöglichkeit das Interesse des Abfindungsberechtigten an einer dem wahren Vermögenswert der Beteiligung entsprechenden Abfindungszahlung in den Vordergrund, indem durch die Abfindungsklausel lediglich das bei der Unternehmensbewertung anzuwendende Verfahren festgelegt wird. Andererseits wird durch diese Art der Gestaltung von Abfindungsvereinbarungen das Interesse an einer möglichst einfachen Berechnung nicht in dem Maße wie bei der auf den Buchwert abstellenden Klausel erfüllt, da sich auch bei Zugrundelegung eines bestimmten Bewertungsverfahrens Differenzen bezüglich verschiedener Wertfaktoren, insbesondere bei der Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes,¹⁾ nicht vermeiden lassen. Somit werden beide als Grenzwege bezeichnete Arten von Abfindungsklauseln nicht in vollem Maße den an

1) Vgl. Glunz, S. 56.

eine vertragliche Regelung der Abfindungsfolgen gesteckten Anforderungen gerecht. Zum Zwecke des Ausgleichs der genannten Interessengegensätze findet häufig eine Kombination beider Typen in der Weise statt, daß aus beiden als arithmetisches Mittel der Gesamtwert gewonnen wird.¹⁾ Dazwischen liegen unterschiedlichste Gestaltungsmöglichkeiten vertraglicher Abfindungsregelungen, die hier im einzelnen nicht erörtert werden sollen. Festzustellen bleibt, daß Grundlage für die Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs in der Regel eine schon ursprünglich im Gesellschaftsvertrag festgelegte oder nachträglich in diesen aufgenommene Abfindungsklausel ist.

B. Bilanzfeststellungen

Allein durch eine Abfindungsvereinbarung wird jedoch die endgültige Höhe des Abfindungsanspruchs noch nicht festgelegt, abgesehen von dem aus der weiteren Betrachtung bereits ausgeschlossenen Fall einer ziffermäßigen Bestimmung der Abfindungssumme.²⁾ Die Frage, welche weitere rechtserhebliche Grundlage bei der Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs der Untersuchung zugrunde zu legen ist, ergibt sich aus der Art der Abfindungsklausel. Ausgangspunkt sollen auch hierbei die oben erwähnten Grenzwege möglicher Gestaltungstypen sein. Wird im Gesellschaftsvertrag unter Anlehnung an die gesetzliche Rege-

1) Vgl. Kobs, S. 27; Sudhoff ZGR, 1972, 157 (159).

2) Vgl. S. 12 f.

lung des § 738, I 2 lediglich ein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung des wahren Wertes des dem ausscheidenden Gesellschafter zustehenden Vermögensanteils bestimmt, so ergibt sich für die Gesellschafter die Notwendigkeit, eine besondere Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen. Diese soll im Gegensatz zur normalen Jahresbilanz, die der periodischen Gewinnermittlung dient, den wirklichen Stand des Vermögens der Gesellschaft darstellen.¹⁾ Diesem Zweck entsprechen ihre Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze.²⁾ Die Höhe des dieser Bilanz zu entnehmenden Kapitalkontos des ausscheidenden Gesellschafter ist zugleich die Höhe des Abfindungsanspruchs.³⁾ Die Vereinbarung einer Buchwertklausel macht demgegenüber die Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz entbehrlich. Mit ihr wird durch Zugrundelegung der Bilanzansätze einer regulären Jahresbilanz eine unter Umständen erhebliche Verminderung des Abfindungsanspruchs gegenüber dem wahren Wert der Beteiligung erreicht,⁴⁾ weil dieser reinen Erfolgsbilanz im Gegensatz zu den Vermögensbilanzen nicht der Wert des Betriebsvermögens unter Einschluß der stillen Reserven zugrunde liegt. Ihre Bewertungsgrundsätze dienen nicht der Ermittlung des wahren Wer-

1) Hueck § 29, II 5 a, S. 452; Scherpf, Rdz. 126.

2) Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 366 ff.

3) Etwas anderes gilt dann, wenn bei entsprechender Vereinbarung der Abfindungsanspruch ausschließlich nach dem Ertragswert des Unternehmens zu ermitteln ist; dieser Wert ergibt sich nicht aufgrund einer Bilanz, sondern er ist der Gewinn- und Verlustrechnung zu entnehmen; im übrigen sollte in den Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag keine besondere Abfindungsklausel zur Bestimmung eines Bewertungsverfahrens enthält, der Abfindungsanspruch nach der Ertragswertmethode berechnet werden, vgl. S. 7.

4) Vgl. Sudhoff, S. 378.

tes des Betriebsvermögens, sondern der Feststellung des "richtigen Erfolges".¹⁾

Bei der Wahl der maßgeblichen Bilanz stehen den Gesellschaftern eine Reihe von Möglichkeiten offen. In Betracht kommt die ordentliche Bilanz desjenigen Geschäftsjahres, in welchem der Gesellschafter ausscheidet. Möglich und wegen der Vermeidung von Streitigkeiten empfehlenswert ist aber die Berechnung anhand einer zurückliegenden Bilanz, über deren einzelne Wertansätze sich die Gesellschafter bereits vor dem Ausscheiden geeinigt haben. Darüber hinaus kann sowohl die Handels- als auch die Steuerbilanz zugrunde gelegt werden.²⁾

Es bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß in der Regel eine Bilanz als weitere Berechnungsgrundlage des Abfindungsanspruchs erforderlich ist, sei es in der Form einer regulären Jahresbilanz, sei es als gesondert aufzustellende Auseinandersetzungsbilanz.³⁾ Bilanzen können jedoch für die Untersuchung der Rechtsnatur der vertraglichen Berechnungsgrundlagen von Abfindungsansprüchen nur unter der Voraussetzung Bedeutung haben, daß die ihnen zu entnehmenden Aussagen rechtliche Relevanz besitzen. Hierbei ist zwischen der Bilanzaufstellung und der Bilanzfeststellung zu unterscheiden.⁴⁾ Bei der Aufstellung einer Bilanz handelt es

1) Scherpf, Rdz. 125.

2) Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 384.

3) Eine Ausnahme hiervon gilt für den Fall, daß in der Abfindungsklausel ausschließlich die Ertragswertmethode der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde gelegt wird. Aber auch dann, wenn aus dem arithmetischen Mittel des Ertrags- und des Substanzwertes eine Kombination von Ertragswert- und Substanzwertverfahren gebildet wird, was häufig der Fall ist, muß zur Ermittlung des Substanzwertes eine Bilanz erstellt werden.

4) Huber, S. 341; Sudhoff, S. 347; Ulmer in Großkomm. § 138, Anm. 45.

sich um den rein tatsächlichen Akt der rechnerischen Aufstellung der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens und ihrer hierbei vorzunehmenden Bewertung. Sie dient der Vorbereitung der Bilanzfeststellung und der Ermittlung der bei der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde zu legenden Wertfaktoren. Es besteht zwar eine Rechtspflicht der Gesellschafter¹⁾ zur Vornahme der Bilanzaufstellung im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters. Durch die Handlung selbst entsteht aber noch keine irgendwie geartete Rechtsbindung der Beteiligten, beispielsweise bezüglich der Bewertung einzelner Bestandteile des Gesellschaftsvermögens. Der Vorgang der Bilanzaufstellung allein hat somit noch keine rechtliche Bedeutung.²⁾

Anders verhält es sich dagegen mit der Feststellung der Bilanz. Sie bedeutet rein tatsächlich die gem. § 41, I S. 2 HGB von allen persönlich haftenden Gesellschaftern vorzunehmende Unterzeichnung der Bilanz. Ihre rechtliche Bedeutung gewinnt die Bilanzfeststellung dadurch, daß durch sie eine rechtsgeschäftliche Fixierung der einzelnen in die Bilanz aufgenommenen Rechnungsposten nach Art und Höhe im Verhältnis der Gesellschafter untereinander erfolgt. Durch den Feststellungsakt gewinnt somit die Bilanz rechtliche Existenz.³⁾

1) Umstritten ist allerdings, ob dieser Pflicht auch der Ausscheidende unterfällt; bejahend Schlegelberger - Geßler, § 138, Anm. 23; verneinend Weipert in RGRK-HGB § 138, Anm. 18.

2) Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 45.

3) BGH BB 1960, 188; Schlegelberger-Geßler, § 120, Anm. 30; Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 210; Ulmer in Großkomm. HGB, § 138, Anm. 52; Zunft, NJW 1959, 1945 (1949).

Als weitere rechtserhebliche Grundlage für die Berechnung des Abfindungsanspruchs ist somit neben der Abfindungsklausel die Bilanzfeststellung zu nennen.

2. Teil Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Typus der Berechnungsgrundlagen

A. Rechtliche Bedeutung

Zu der Bestimmung der Rechtsnatur der festgestellten Berechnungsgrundlagen gesellschaftsrechtlicher Abfindungsansprüche im Sinne einer Einordnung in die Rechtsgeschäftslehre bietet, worauf Heckelmann zutreffend hinweist, das Schrifttum ein verworrenes Bild.ⁱ⁾ Dies muß um so mehr erstaunen, als die Einordnung von Abfindungsklauseln und Bilanzfeststellungen über einen rechtstheoretischen Wert hinaus überaus praktische Relevanz besitzen kann.

Kommt man beispielsweise zu dem Ergebnis, daß die Vereinbarung einer im Verhältnis zur gesetzlichen Bestimmung des § 738, I 2 niedrigeren Abfindungsforderung den schenkweise erfolgenden Verzicht auf die volle Abfindungssumme beinhaltet, liegt es nahe, sämtliche schenkungsrechtlichen Vorschriften, auch die des Familien-, Erb- und Vollstreckungsrechts, auf diese Klausel anzuwenden. Angesichts des weitgehenden Schutzes, den diese Vorschriften der Ehefrau (vgl. § 1375, II Nr. 1), den Pflichtteilsberechtigten (vgl. § 2325, I) oder den Gläubigern (vgl. § 3, I Nr. 3 AnfG; § 32 KO) vor freigiebigen Zuwendungen des Erblassers bzw. des Schuldners einräumen, wird die Bedeutung dieser Frage ersichtlich. Denn die Vereinbarung einer Abfindungsvereinbarung kann ohne weiteres das Interesse des besagten Personenkreises an einem nach § 738, I 2 bemessenen Abfindungsanspruch beeinträchtigen.

1) Heckelmann, S. 11; er selbst hat bisher als einziger eine systematische Erörterung dieses Problemkreises vorgenommen, auf deren Ergebnis noch im einzelnen eingegangen wird.

Ist zum Beispiel in dem Gesellschaftsvertrag einer aus den Gesellschaftern A, B und C bestehenden OHG bestimmt, daß die Gesellschaft im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird, während sich die Abfindungsforderung des ausscheidenden nach dem Nominalwert seines Anteils unter Ausschluß der stillen Reserven und des Firmenwertes bemißt, so stellt sich die Frage, ob ein Privatgläubiger des A, der auf Grund einer Pfändung des Gesellschaftsanteils nach § 859 ZPO die Gesellschafterstellung seines Schuldners nach § 135 HGB gekündigt hat, die Abfindungsklausel hinnehmen muß.

Während eine ausschließlich für den Fall der Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters vereinbarte Abfindungsbeschränkung nach absolut herrschender Auffassung¹⁾ gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Dritten keine Wirksamkeit entfaltet, bestehen für das angeführte Beispiel einer alle Ausscheidensfälle betreffenden Abfindungsbeschränkung unterschiedliche Auffassungen, die auch in den Begründungen divergieren.²⁾

1) Überwiegend wird hierin eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung gesehen, vgl. Baumbach-Duden § 141 A; Fischer in GmbH-Rdschau 1961, 21 (25); Schlegelberger-Geßler § 138, Rdnr. 27 und § 141, Rdnr. 14; Staudinger-Keßler § 725, Rdnr. 10; weitere Nachweise vgl. Heckelmann, S. 106, Fn. 31; andere Autoren verweisen in diesem Zusammenhang auf die zwingende Gläubigerschutzbestimmung des § 135 HGB, vgl. Hueck § 24 II 2, S. 370 f.; Nitschke, S. 347; a.A. Raabe BB 1956, 708 (709 Fn. 8); einschränkend Glunz S. 199 ff., der Anfechtbarkeit annimmt.

2) Während diese Klausel überwiegend als zulässig erachtet wird, vgl. Baumbach-Duden, Staudinger-Keßler wie in Fn. 1; BGB-RGRK § 725, Rdnr. 9; Gottschling in GmbH-Rdschau 1965, 52; Ziegler, S. 40 f., ist Geßler der Auffassung, daß auch eine alle Ausscheidensfälle ergreifende Abfindungsklausel sittenwidrig ist, Schlegelberger-Geßler § 138, Rdnr. 27 a.

Auf keinen Fall ergibt sich ein Schutz des Gläubigers vor Abfindungsbeschränkungen aus § 135 HGB.

In dieser Vorschrift wird den Privatgläubigern nur das grundsätzliche Recht zugesprochen, das Ausscheiden des Schuldners oder die Auflösung der Gesellschaft zu bewirken.

Wenn demgegenüber die Auffassung vertreten wird,¹⁾ dieser Vorschrift lasse sich ein weitergehender Schutzzweck entnehmen, der auch den wertmäßigen Umfang des Abfindungsanspruchs umfasse, kann dem nicht gefolgt werden. § 135 HGB verweist den Privatgläubiger lediglich auf die Ansprüche, die der Gesellschafters-Schuldner selbst besitzt. Der aber hat im erwähnten Beispiel nur einen beschränkten Abfindungsanspruch. Aber auch die Auffassung, die in dem beschriebenen Fall eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung nach § 138, I annimmt,²⁾ ist abzulehnen.

Es ist mit der h.M. in der neueren Literatur³⁾ davon auszugehen, daß die Vorschriften der § 3, I Nr. 1 AnfG und § 31 KO eine gegenüber § 138, I speziellere Vorschrift darstellen, so daß sie § 138, I insoweit verdrängen.

Damit rückt die Frage einer möglichen Anfechtung der Abfindungsvereinbarung durch den Privatgläubiger nach den hierfür geltenden Vorschriften des AnfG und der KO in den Mittelpunkt des Interesses.

1) Vgl. Hueck § 24, II 2, S. 371; Nitschke, S. 347; Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 123; Weipert § 141, Anm. 23.

2) Schlegelberger-Gebler § 138, Rdnr. 27 a.

3) Heckelmann, S. 116 ff., 123; Möhring in Festschr. f. Barz, 49 (63 ff.); Ulmer NJW 1979, 81 (83).

Einschränkend ist zu vermerken, daß die Absichtsanfechtung nach § 3, I Nr. 1 AnfG und § 31 KO in der Regel an Beweisschwierigkeiten scheitern wird.¹⁾ Die Absicht einer Gläubigerbenachteiligung und damit die Unlauterkeit des Handelns ist im entscheidenden Zeitpunkt, dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder der nachträglichen Aufnahme der Klausel in diesen, kaum feststellbar, zumal häufig zu diesem Zeitpunkt noch gar keine oder nur eine geringe Ansammlung stiller Reserven stattgefunden hat und auch der Firmenwert eine nicht ins Gewicht fallende Größe erreicht hat.²⁾

Als mögliche Anfechtungstatbestände verbleiben damit § 3, I Nr. 3 AnfG und § 32 KO, die übereinstimmend eine unentgeltliche Verfügung des Schuldners voraussetzen, wobei die besondere Bedeutung der Schenkungsanfechtung noch durch die Auffassung der h.M.³⁾ untermauert wird, wonach die einjährige Anfechtungsfrist nicht schon mit der Vereinbarung der Abfindungsbeschränkung, sondern erst mit der Vollendung des Rechtserwerbes, also dem Zeitpunkt des Austritts aus der Gesellschaft, in Lauf gesetzt wird.

Damit hängt die Wirksamkeit von Abfindungsklauseln gegenüber die Zwangsvollstreckung betreibenden Privatgläubigern in erster Linie von der Frage ab, ob diese Klauseln

1) Vgl. Westermann, Rdz. 451.

2) Etwas anderes mag für den Fall gelten, daß die Abfindungsklausel erst bei drohender Zwangsvollstreckung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird.

3) BGH BB 1955, 236; Böhle-Stamschräder § 32, 2 e; Giese DB 1969, 562 (565); Heckelmann, S. 190; Hoffmann AcP 158, 178 (189 f.); Jauernig § 51, III 2, S. 180; Rosenberg § 181, II 1, S. 942; a.A., aber ohne nähere Begründung Ulmer NJW 1979, 81 (83); Westermann, Rdz. 451; Ziegler, S. 113 f.

unentgeltliche Verfügungen i.S. der § 3, I Nr. 3 AnfG; § 32 KO sind.

Die rechtsgeschäftliche Einordnung von Abfindungsklauseln hat darüber hinaus eine entscheidende Bedeutung für das Verhältnis des oder der Pflichtteils- und des Zugewinnberechtigten zu den Erben.

Ist zum Beispiel im Gesellschaftsvertrag der aus den Gesellschaftern A, B und C bestehenden OHG bestimmt, daß in allen Ausscheidensfällen, somit auch beim Tode eines Gesellschafters, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird, während sich entstehende Abfindungsansprüche des Ausscheidenden bzw. des oder der Erben nach dem Buchwert des jeweiligen Gesellschaftsanteilsbemessen, ergibt sich durch den Eintritt des Todes eines Gesellschafters eine Situation, die durch den Konflikt gesellschaftsrechtlicher und erb- bzw. familienrechtlicher Interessen gekennzeichnet ist und in deren Lösung die Abfindungsklausel entscheidend eingreift. Es entsteht nämlich in diesem Zeitpunkt der durch die Abfindungsklausel näher geregelte Abfindungsanspruch, zum anderen stellt sich die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen aus dem Erbfall und der Beendigung der Ehe und damit des Güterstandes. Aus diesem Zusammenhang könnte leicht der Gedanke entstehen, daß der Erblasser einen Teil des Nachlasses an dem erbrechtlichen Vorgang der Universalsukzession vorbeigesteuert hat.¹⁾ Den Erben fällt nämlich nicht der Gesamtwert der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zu, sondern nur ein als Folge der Abfindungsvereinbarung gegenüber diesem verminderter Abfindungsanspruch. Damit entsteht einerseits für die im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach §§ 1363 ff. lebende Ehefrau des verstorbenen Gesellschafters die Frage, ob die Differenz zwischen dem an dem

1) Vgl. Siebert, S. 9

Wert der Beteiligung orientierten gesetzlich bestimmten Abfindungsanspruch und dem durch die Abfindungsklausel festgelegten Wert dem Endvermögen hinzuzurechnen ist. Ein solcher Wertausgleich zugunsten der Ehefrau könnte nach § 1375, II erfolgen. In erster Linie ist die Nr. 1 dieser Bestimmung von Interesse, da ihre Voraussetzungen leichter nachweisbar sind als das Merkmal der Verschwendung in Nr. 2 und das der Benachteiligungsabsicht in Nr. 3. Diese Regelung würde zu einer Erhöhung der Ausgleichsforderung im Verhältnis der Ehefrau des verstorbenen Gesellschafters zu dessen Erben führen, wenn die Buchwertklausel als unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 1375, II Nr. 1 einzuordnen wäre.¹⁾

Eine ähnliche Fragestellung ergibt sich im Bereich des Pflichtteilsrechtes. Den Pflichtteilsberechtigten stünde ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325, I gegenüber den Erben zu, wenn der Erblasser durch die Vereinbarung der Abfindungsklausel den tatsächlichen Wert der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen schenkweise einem Dritten zugewendet hätte. In dem oben zugrundegelegten Beispiel

1) Es soll hierbei vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der §§ 1371 ff. ausgegangen werden. So kann z.B. die Überlebende Ehefrau die Erbschaft nach § 1371, III ausschlagen, um den Zugewinnausgleich zu erlangen. Weiterhin müßte die Abfindungsklausel innerhalb der Zehnjahresfrist des § 1375, III vereinbart worden sein. Im übrigen ist es heftig umstritten, ob für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Klauselvereinbarung oder des Güterstandes abzustellen ist, vgl. im einzelnen Heckelmann, S. 258 ff.

der Vereinbarung einer einfachen Fortsetzungsklausel kämen unter Umständen die das Unternehmen fortführenden Gesellschafter als Begünstigte eines Schenkungsvertrages in Betracht, so daß sich gem. § 2329, I ein gegen diese gerichteter Anspruch des oder der Pflichtteilsberechtigten auf Erstattung des Differenzbetrages zwischen wahren Wert des Gesellschaftsanteils und seinem Buchwert nach den Vorschriften der §§ 812 ff. ergäbe.

Zwar besteht zwischen den Merkmalen der §§ 1375, II und 2325, I keine Identität. Während in § 1375, II lediglich eine unentgeltliche Zuwendung vorausgesetzt wird, ist in § 2325, I ausdrücklich von einer Schenkung die Rede. Beide Begriffe stehen aber im Verhältnis des weiteren zum engeren Begriff. Sie unterscheiden sich nur insoweit, als für das der Schenkung zugrundeliegende Merkmal der unentgeltlichen Zuwendung gem. § 516, I eine Einigung über die Unentgeltlichkeit vorliegen muß. Für § 1375, II ist dagegen lediglich das einseitige Bewußtsein des Verfügenden von der Unentgeltlichkeit erforderlich.¹⁾ Rittner²⁾ weist zudem zutreffend darauf hin, daß bei einer positiven Antwort für die Anwendbarkeit des § 1375, II Nr. 1 auf Abfindungsvereinbarungen eine analoge Erstreckung des § 2325, I auf diese Klauseln zu erwägen wäre. Der Grund hierfür liegt darin, daß nach der beiden Vorschriften zugrundeliegenden Absicht des Gesetzgebers die im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebende Ehefrau bzw. die Pflichtteilsberechtigten vor frei-

1) Soergel-Lange § 1375, RdNr. 14.

2) Rittner FamRZ 1961, 505 (509).

giebiger und willkürlicher Weggabe von Erbmasse seitens des Erblassers zu dessen Lebzeiten geschützt werden sollen.¹⁾

Dieser Rechtsgedanke wird aber gleichermaßen bei Schenkungen und unentgeltlichen Zuwendungen betroffen.

Es hat sich gezeigt, daß eine Einordnung von Abfindungsklauseln in die gesetzlich geregelten Rechtsgeschäftstypen entscheidende Bedeutung für die Lösung der aufgezeigten familien-, erb- und vollstreckungsrechtlichen Fragestellungen hat. So würde eine Einordnung als Schenkung die einschränkende Wirkung von Abfindungsklauseln betroffenen Dritten gegenüber weitgehend wieder aufheben.

Es soll jedoch schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß ein solches Ergebnis sich auch bei einer anderen rechtsgeschäftstypischen Einordnung von Abfindungsklauseln in dem Fall ergeben würde, daß man aufgrund einer Analyse der von Abfindungsklauseln betroffenen Interessen eine analoge Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften für geboten hält.

Über die oben erwähnte Methode des Vorgehens mag man streiten. Ich setze mich hier in Widerspruch zu den beiden Gutachtern dieser Arbeit. Aber nach meiner Überzeugung lassen sich auf diesem Wege brauchbare Ergebnisse gewinnen.

Auch an die Einordnung der Bilanzfeststellung unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstyp knüpfen sich unterschiedliche Rechtsfolgen hinsichtlich der gegen den Abfindungsanspruch bestehenden Einwendungen.

Dies wird deutlich, wenn man die bisher zu dieser Einordnung vertretenen Auffassungen gegenüberstellt.

1) Vgl. Staudinger-Felgentraeger § 1375, Anm. 15; BGB-RGRK § 2325, Anm. 1.

Während die Rechtsprechung¹⁾ und die überwiegende Ansicht in der Literatur²⁾ die Bilanzfeststellung als abstraktes Schuldanerkenntnis i.S. der §§ 780, 781 betrachten, bezeichnet die Gegenmeinung³⁾ sie als vergleichsähnlichen Feststellungsvertrag.

Angesichts der bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis bestehenden Möglichkeit der Kondizierbarkeit nach § 812, II bei fehlerhaftem Grundverhältnis und der für den vergleichsähnlichen Feststellungsvertrag möglicherweise anwendbaren Vorschrift des § 779 führt die Beantwortung der Frage nach der rechtsgeschäftstypischen Einordnung der Bilanzfeststellung zu völlig unterschiedlichen Ergebnisse, ganz abgesehen von der unterschiedlichen Beweissituation beider Vertragstypen.

Die praktischen Unterschiede der bisher zu der Frage der Rechtsnatur von Bilanzfeststellungen vertretenen Auffassungen werden besonders an folgendem Beispiel deutlich. Besteht im Zeitpunkt der Feststellung der Abschichtungsbilanz Ungewißheit unter den das Unternehmen fortführenden Gesellschaftern und dem Ausscheidenden über die Aktivierungsfähigkeit bestimmter Einzelposten, zum Beispiel über die Nutzungsrechte an im Eigentum eines anderen Unternehmens

1) BGH WM 1960, 187 (188).

2) Fischer in Großkomm. HGB § 120, Anm. 11; Huber, S. 342; Hueck § 17, I 4, S. 243; vgl. a. Fn. 7; Schlegelberger-Gebler § 120, Rdnr. 3; Sudhoff, S. 210; im Grundsatz a. Westermann, Rdz. 302.

3) Riegger, S. 122 (speziell für die Abschichtungsbilanz); Ulmer, Strukturen, S. 214 f.

stehender Werkzeuge, so kann sich häufig die Frage stellen, ob der ausscheidende Gesellschafter in dem Fall, daß sich bei unterlassener Bilanzierung dieses Postens später die Bilanzierungsfähigkeit erweist, seine Willenserklärung anfechten kann. Die gleiche Fragestellung ergibt sich häufig im Zusammenhang mit Bewertungsfragen einzelner Bilanzposten. Bestehen z.B. unter den Beteiligten Zweifel über die genauen Herstellungskosten eines bestimmten Produktes, das unter dem Stichwort "Warenvorräte" aktiviert werden soll, so wird der Ausscheidende seine Willenserklärung anfechten wollen, wenn sich später ein höherer Herstellungswert als der der Bilanzfeststellung zugrunde gelegte ergibt.

Bezeichnet man die Bilanzfeststellung als Vergleichsvertrag, so ergibt sich für die genannten Beispiele keine Anfechtungsmöglichkeit nach § 119.¹⁾ Dies folgt aus den für den Vergleich geltenden Anfechtungsgrundsätzen, wonach ein Irrtum unberücksichtigt bleibt, der sich auf einen durch den Vergleich erledigten umstrittenen oder ungewissen Punkt bezieht.²⁾ Die Ungewißheit über die Aktivierungsmöglichkeit eines bestimmten Gegenstandes bzw. seine bilanzielle Bewertung gehören zu dem Gegenstand des Vergleichs oder eines vergleichsähnlichen Feststellungsvertrages, da der Streit hierüber mittels der Bilanzfeststellung beseitigt werden sollte.

1) So a. Klein, S. 62; Riegger, S. 133; unerheblich ist dagegen die Frage, ob der Wert eines Gegenstandes eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S. des § 119, II bildet; anders Hueck § 29, II a, S. 457; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 120, Anm. 3; RGRK-HGB § 138, Anm. 22.

2) Vgl. Soergel-Siebert § 779 Rdnr. 27, Palandt-Thomas § 779, Anm. 8 a.

Beurteilt man die Bilanzfeststellung dagegen als abstraktes Schuldanerkenntnis gem. § 781, fallen die Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeit, die sich aus den Grundsätzen des Vergleichs ergaben, weg. Der ausscheidende Gesellschafter kann in den erwähnten Beispielen seine Willenserklärung nach § 119, II anfechten und das Schuldanerkenntnis gem. § 812, II kondizieren.¹⁾

1) Hueck § 17 I Nr. 4 nimmt eine unmittelbare Kondizierbarkeit ohne den "Umweg" über § 119, II an.

B. Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Typus
von Abfindungsklauseln

I. Beschränkung auf die Buchwertklausel

Es wurde schon erwähnt, daß die Gesellschafter einen großen Spielraum bei der Ausgestaltung von Abfindungsvereinbarungen haben.¹⁾ Bei der Untersuchung des rechtsgeschäftlichen Typus von Abfindungsvereinbarungen sollen aber zunächst die als Extremlösungen bezeichneten Klauseltypen außer acht gelassen, und es soll ausschließlich die Buchwertklausel zur Grundlage der Betrachtungen gemacht werden.²⁾ Hierfür spricht zunächst die Überlegung, daß bei der Buchwertklausel auf jeden Fall strengere Anforderungen an die Wirksamkeitsgrenzen zu stellen sind als an solche Vereinbarungen, die lediglich die Berechnungsart festlegen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß durch die mit Buchwertklauseln verbundene Nichtberücksichtigung der stillen Reserven und des Firmenwertes die Höhe des Abfindungsanspruchs im Verhältnis zur gesetzlich bestimmten Summe grundsätzlich in stärkerem Maße beschränkt wird als dies bei Klauseln betreffend die Berechnungsart der Fall ist.³⁾ Zum anderen soll hier zunächst auf die nähere Betrachtung von anderen Ausschlussklauseln wegen ihrer geringeren praktischen Bedeutung verzichtet werden.⁴⁾ Auf eventuell bestehende Abweichungen ist in einem weiteren Kapitel einzugehen, in dem besondere Gestaltungen der Abfindungsregelung zu behandeln sind.

1) Vgl. S. 12 f.

2) Tiedau bezeichnet in seinem Referat auf dem Deutschen Notartag 1961 in Hamburg (zitiert: Rittner, FamRZ 1961; 505 (509, Fn. 45) die Buchwertklausel als die "allgemeine Abfindungsklausel".

3) Vgl. Goroncy, S. 74.

4) Vgl. S. 12.

II. Möglichkeit einer isolierten Betrachtung von Abfindungsklauseln

Untersucht man den rechtsgeschäftlichen Typus einer bestimmten gesellschaftsvertraglichen Regelung, so geht man von der Prämisse aus, daß diese Klausel isoliert, d.h. losgelöst aus dem übrigen Gesellschaftsvertrag zum Gegenstand dieser Untersuchung gemacht werden kann. Hiervon gehen Rechtsprechung und Lehre¹⁾ bei der Beschäftigung mit Abfindungsvereinbarungen wie selbstverständlich aus. Zumindest werden die Klauseln ohne weiteres losgelöst von anderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand rechtlicher Erörterungen gemacht.²⁾

Dies ist jedoch nicht selbstverständlich. Es könnte sich im Gegenteil aus der Natur und den rechtlichen Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages die Notwendigkeit ergeben, Abfindungsklauseln als integrierten Bestandteil innerhalb des Gesamtgefüges des Gesellschaftsvertrages aufzufassen. Zwar deutet die Stellung der den Gesellschaftsvertrag betreffenden Vorschrift des § 705 innerhalb des Schuldrechts darauf

1) Vgl. S. 34, Fn. 1 - 4.

2) Lediglich Ziegler erörtert das Problem, allerdings ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Anfechtbarkeit einer bestimmten Rechtshandlung (S. 89 f.); Rittner FamRZ 1961, 505 (510) stellt zwar im Ergebnis fest, daß "Abfindungsvereinbarungen nicht aus dem übrigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages zu lösen sind." Diese Feststellung beruht jedoch auf einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Einordnung solcher Vereinbarungen. Sie enthält keine Aussage zu der grundsätzlichen Frage, inwieweit einzelne gesellschaftsvertragliche Bestimmungen isoliert auf ihre rechtsgeschäftliche Einordnung hin untersucht werden können.

hin, auch diesen als besonderen schuldrechtlichen Vertragstyp zu bezeichnen, dessen weitergehende Bestimmungen ohne weiteres in isolierte Bestandteile zerlegt werden können, die dann verschiedenen obligatorischen und dinglichen Rechten bzw. Ansprüchen zugeordnet werden können.¹⁾

Der Gesellschaftsvertrag unterscheidet sich jedoch in wesentlichen Punkten ganz erheblich von "normalen" Schuldverträgen. Durch ihn werden nämlich nicht nur schuldrechtliche Beziehungen unter den Beteiligten in Form verschiedener Ansprüche und Verpflichtungen begründet.²⁾ Darüber hinaus begründet er einen Personenzusammenschluß der Vertragspartner, dessen Verbundenheit weit über die im Schuldrecht geltenden Treuebeziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger hinausgeht.³⁾ Vermögensrechtlich findet dieser Umstand in der gesamthänderischen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens seinen Ausdruck. Aus diesem Grunde wird der Gesellschaftsvertrag als ein Vertrag bezeichnet, der, ähnlich dem Arbeitsvertrag, über seinen rein schuldrechtlichen Gehalt hinausgehend gemeinschaftsbegründenden bzw. personenrechtlichen Charakter besitzt.⁴⁾ Betrachtet man weiterhin einen solchen personenrechtlichen Vertrag und "normale" schuldrechtliche Verträge als einander ausschließende Gegensätze,⁵⁾ käme eine Einordnung einzelner

1) Vgl. Westermann, RdNr. 80, der einige Beispiele eines in einen Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Schenkungsver sprechens nennt.

2) Vgl. die in § 717 genannten Beispiele.

3) Hueck, § 6 II, 2, S. 50.

4) Bley JW 1938, S. 528; Hueck, § 6, II, 2, S. 61; Staudinger-Geiler, Vorbem. vor § 705 Anm. 22, 40; Weipert in RGRK-HGB § 105, Anm. 31.

5) Die parallel bzgl. des Arbeitsvertrages stattfindende Diskussion hat teilweise zu dieser Schlußfolgerung geführt, vgl. Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz AOG, § 2, Anm. 16.

Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages unter einen bestimmten schuldrechtlichen Vertragstyp, z.B. die Schenkung, nicht in Betracht. Allenfalls könnte untersucht werden, ob einzelne schuldrechtliche Vorschriften Anwendung finden, soweit sie mit den Grundgedanken des gemeinschaftsbegründenden Vertrages nicht in Widerspruch treten.

Allein aus der Bezeichnung als personenrechtlicher oder gemeinschaftsbegründender Vertrag ergeben sich indessen noch keine praktischen Konsequenzen bezüglich der Frage der Herauslösbarkeit einzelner Vertragsbestimmungen und ihrer isolierten rechtlichen Beurteilung. Solange nämlich der Gesetzgeber den Gesellschaftsvertrag noch nicht einem speziellen Gemeinschaftsrecht zugeordnet hat und dieses Gemeinschaftsrecht sämtlichen hieraus erwachsenen Ansprüchen und Verpflichtungen den Typus verleiht, muß man die den Ansprüchen und Verpflichtungen zugrundeliegenden Vereinbarungen auf ihren rechtsgeschäftlichen Typus hin untersuchen.

Die Natur des Gesellschaftsvertrages verbietet somit nicht eine isolierte Betrachtung einzelner gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen im Hinblick auf ihren rechtsgeschäftlichen Typus.

III. Die bisher vertretenen Auffassungen zum rechtsgeschäftlichen Typus von Abfindungsvereinbarungen

Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln werden nach den bisher in der Literatur und der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen als entgeltliche, aleatorische Verträge,¹⁾ als Schenkung,²⁾ als mitgliedschaftsrechtliche bzw. rein gesellschaftsvertragliche Regelung³⁾ und als integrierender Bestandteil der Vereinbarung über das Ausscheiden aus der Gesellschaft aufgefaßt.⁴⁾

-
- 1) BGHZ 22, 186 (194); Baumbach-Duden § 138, Anm. 5 H; Brox, Rdz. 747; Buchwald AcP 154, 22 (24 Fn. 4); Erman-Bartholomeyczik § 1375 Anm. 46; Glunz, S. 202, Goroncy, S. 135 ff; Nitschke, S. 349 f; Reinicke NJW 1957, 561 (562); Sudhoff DB 1968, 648 (653); ders. DB 1961, 1573 (1575); vgl. im übrigen Heckelmann, S. 71, Fn. 177 m.w.N.;
 - 2) Heckelmann, S. 101 f; Huber, S. 461 ff.; Haehling v. Lanzenauer, S. 190; Siebert, S. 10; Knur DR 1969, 203 ff.; im übrigen gibt es eine Vielzahl von Autoren, die bei besonderen Klauselgestaltungen, insbesondere für den Fall eines alle Gesellschafter betreffenden Ausschlusses des Abfindungsanspruchs für das Ausscheiden nach dem Tod, eine Schenkung annehmen; vgl. Baumbach-Duden § 138, Anm. 5 H; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter § 2311, Anm. 4; Nitschke, S. 348; Schlegelberger-Geßler, § 138, Anm. 27.
 - 3) Rittner FamRZ 1961, 505 (510 ff); Schmitz-Herscheidt, S. 166 f; Soergel-Ballerstedt, § 516, Anm. 19; Ziegler, S. 118 ff.; neuerdings wieder Schmidt FamRZ 1974, 518 (520), allerdings ohne nähere Begründung.
 - 4) Flume, Personengesellschaft, S. 177, 185; im übrigen bezeichnet Flume reine Bewertungsklauseln ohne beschränkende Wirkung als Vergleich i.S. des § 779, vgl. S. 184; da dieser Klauseltyp zunächst aus der Betrachtung ausgeschlossen wurde (vgl. S. 31), kann diese Auffassung an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben. Sie wird in dem Kapitel erörtert, in dem besondere Abfindungsvereinbarungen zum Gegenstand der Betrachtung gemacht werden.

Die angeführten Meinungen zur Rechtsnatur von Abfindungsvereinbarungen lassen sich unter übergeordneten Gesichtspunkten in zwei Gruppen einteilen.

Die eine Gruppe bilden die Autoren, die von dem Begriffspaar Schenkung bzw. entgeltlicher Vertrag ausgehen. Der übergeordnete Gesichtspunkt dieses Begriffspaares ist der der Zuwendung, entweder in der Form einer einseitigen Leistungserbringung bei der Schenkung oder in der Form eines Leistungsaustausches bei dem entgeltlichen Vertrag.¹⁾

Die zweite Gruppe setzt sich aus den Vertretern der Auffassung zusammen, die Abfindungsvereinbarungen als mitgliedschaftsrechtliche Regelung bzw. integrierenden Bestandteil der Kündigungsbestimmungen bezeichnet. Auch diejenigen, die zu dem Ergebnis einer mitgliedschaftsrechtlichen Regelung kommen, gehen von der Überlegung aus, daß die Abfindungsklauseln nicht aus dem Gesamtgefüge der gesellschaftsrechtlichen Leistungsbeziehungen herausgelöst, zumindest aber nicht isoliert einem bestimmten schuldrechtlichen Vertragstyp, sei er entgeltlicher oder unentgeltlicher Natur, zugeordnet werden können.²⁾

Aus der Einordnung von Abfindungsvereinbarungen als integrierender Bestandteil des Gesellschaftsvertrages oder der Kündigungsbestimmungen werden von den Vertretern dieser Auffassung weitreichende Konsequenzen für die Frage ihrer rechtlichen Wirkungen Dritten gegenüber gezogen. Indem diesen Klauseln entweder ein vermögensrechtlicher Gehalt von vornherein abgesprochen wird und man sie den höchstpersönlichen Regelungen zuordnet, vergleichbar z.B. der Aufgabe einer gut-

1) Liebisch, S. 27 ff.; Oertmann, S. 103; Rittner FamRZ 1961, 505 (510); v. Tuhr, AT, II 2 § 74.

2) Rittner, a.a.O., S. 505 (510) geht sogar so weit, daß er Abfindungsklauseln als "nicht aus sich zu verstehende Rechtsgeschäfte" bezeichnet.

bezahlten Erwerbsmöglichkeit,¹⁾ oder man einen über die Höhe des Abfindungsanspruchs hinausgehenden "vermögensrechtlichen Teil" der Mitgliedschaft verneint, der in das Vermögen der Mitgesellschafter hinüberfließen könnte,²⁾ wird die Anwendung solcher Vorschriften abgelehnt, deren Tatbestand eine vermögensrechtliche Verfügung voraussetzt.³⁾ Zum Schutze dritter Personen kommt daher allenfalls die Anwendung des § 138 in Betracht. Aus diesem Grunde soll diese Meinungsgruppe zuerst zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden.

1) So Ziegler, S. 101.

2) So Rittner, a.a.O., S. 505 (512).

3) Für die Vorschrift des § 2325 vgl. Rittner, a.a.O., S. 505 (513); nach Auffassung Rittners muß die Vorschrift des § 2325 auf den Bereich des Vermögensrechts beschränkt bleiben; sie muß vor gesellschaftsrechtlichen Vorgängen haltmachen; für die Nichtanwendbarkeit der Schenkungsanfechtung vgl. Ziegler, S. 127 ff./135; bzgl. der Anwendbarkeit erbrechtlicher Vorschriften vgl. Köppler ZGR 1978, 542 (546); die Möglichkeit einer analogen Anwendung soll an dieser Stelle noch nicht erörtert werden vgl. S. 27; auf sie wird in einem besonderen Kapitel eingegangen.

1. Abfindungsklauseln als rein sozialrechtliche Regelung

a) Die Auffassungen Rittners und Zieglers

Rittner und Ziegler¹⁾ bezeichnen gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln als mitgliedschaftsrechtliche Regelung. Ihre zentrale Aussage besteht darin, daß Abfindungsvereinbarungen solchen gesellschaftsvertraglichen Regelungen zuzurechnen sind, die die Förderung des Gesellschaftszweckes im Sinne der Bestandssicherung des Unternehmens im Ausscheidensfall zum Inhalt haben. Der Beitrag der Abfindungsvereinbarungen zur Verwirklichung dieses Ziels bestehe darin, daß durch sie die privaten Vermögensinteressen der Gesellschafter zugunsten einer mitgliedschaftlichen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens zurückgestellt werden. Durch die Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs werde der vermögensrechtliche Gehalt der Mitgliedschaft im Ausscheidensfall festgelegt.²⁾ Weil insoweit durch Abfindungsvereinbarungen eine Abgrenzung zwischen privatem und mitgliedschaftlichem Bereich und damit eine Regelung der höchstpersönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander erfolge, handelt es sich nach Auffassung der genannten Autoren um eine mitgliedschaftsrechtliche Regelung.

b) Die Kritik Heckelmanns

Der einzige, der sich mit dieser Auffassung kritisch auseinandersetzt und sie im Ergebnis ablehnt, ist Heckelmann.³⁾ Heckelmann liefert zwei Begründungen für seine Ablehnung.

1) Rittner, a.a.O., S. 505 (512); Ziegler, S. 100.

2) Rittner, a.a.O., S. 505 (512); Ziegler, S. 80 f.

3) Heckelmann, S. 73 ff.

Es gibt nach seiner Auffassung keine sonstigen mitgliedschaftsrechtlichen Regelungen, mit denen Abfindungsklauseln in der Weise verknüpft wären, daß sie ihren Eigengehalt verlieren würden.¹⁾ Dies ist jedoch nicht der Grund dafür, daß Rittner und Ziegler die Möglichkeit einer isolierten Betrachtung von Abfindungsvereinbarungen unter dem Gesichtspunkt einer Einordnung unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstyp ablehnen. Nach ihrer Auffassung haben diese Klauseln Eigenständigkeit nicht deshalb, weil sie mit anderen mitgliedschaftsrechtlichen Regelungen untrennbar verknüpft sind, sondern weil sie selbst als mitgliedschaftsrechtliche Regelung nicht aus dem Gesamtgefüge des Gesellschaftsvertrages herausgelöst werden können.²⁾

Die Kritik Heckelmanns bezieht sich weiterhin auf die Argumentation Rittners und Zieglers, Abfindungsvereinbarungen seien auf den Gesellschaftszweck bezogen und aus diesem Grunde nicht auf einen Leistungsaustausch gerichtet.³⁾

Auch diese Begründung lehnt Heckelmann ab und verweist auf die entsprechende Problematik der Beitragsleistung i.S. des § 706. Auch die Beiträge der Gesellschafter werden zweifellos im Hinblick auf den Gesellschaftszweck erbracht. Denn in den meisten Fällen wird die Verfolgung des Gesellschaftszweckes erst dann möglich, wenn die Beiträge der Gesellschafter in die Gesellschaftskasse einbezahlt sind. Zutreffend weist Heckelmann⁴⁾ darauf hin, daß aber allein wegen des gesellschaftsfördernden Zweckes der Beitragsleistung

1) Heckelmann, a.a.O., S. 73 ff.

2) Rittner, a.a.O., S. 505 (510); Ziegler, S. 89.

3) Rittner, a.a.O., S. 510; Ziegler, S. 125 ff.

4) Heckelmann, S. 75.

keine Schlußfolgerungen für die Einordnung der zugrundeliegenden Vereinbarung in entgeltliche oder unentgeltliche Individualaustauschverträge bzw. die völlige Ablehnung eines Austauschvertrages gezogen werden können. Auch solche Vereinbarungen müssen im Einzelfall auf ihre Unentgeltlichkeit hin untersucht werden, wobei sich nach zutreffender Ansicht die Entgeltlichkeit der Beitragsleistung daraus ergibt, daß sie jeweils im rechtlichen Zusammenhang mit den Beiträgen der übrigen Gesellschafter stehen.¹⁾

Heckelmann ist daher gegen Rittner zuzustimmen, daß auch für Abfindungsklauseln eine Erörterung ihrer Einordnung in Individualaustauschverträge nicht allein mit dem Hinweis auf ein mit ihnen verfolgtes sozialrechtliches Ziel abgelehnt werden kann.

Ziegler aber begnügt sich nicht damit, unter Hinweis auf den gesellschaftsfördernden Zweck von Abfindungsklauseln deren Charakter als schuldrechtlichen Austauschvertrag von vornherein abzulehnen. Er unterscheidet darüber hinaus zwischen dem Gesellschaftsvertrag im eigentlichen Sinne, einem obligatorischen Rechtsverhältnis, und dem unter den Gesellschaftern selbst bestehenden Gemeinschaftsverhältnis.²⁾ Dieses Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet er als höchstpersönlichen bzw. mitgliedschaftlichen Bereich, auf den der Begriff des Leistungsaustausches und damit der

1) Vgl. Soergel-Schmidt Vorbem. 14 zu § 320; RGZ 78, 303 (305).

2) Ziegler, S. 126 f.

der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit keine Anwendung finden kann.¹⁾

Damit bestreitet Ziegler gar nicht, was Heckelmann annimmt, daß im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages eine schenkweise erfolgende Verfügung vereinbart werden kann. Vielmehr schließt er eine solche nur für den Bereich des Gesellschaftsvertrages aus, den er als mitgliedschaftlichen bezeichnet.

c) Stellungnahme

Will man sich daher mit der Auffassung Rittners und Zieglers kritisch auseinandersetzen, muß man ihre Grundaussage in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen. Diese liegt in der Qualifizierung der Abfindungsvereinbarungen als mitgliedschaftsrechtliche Regelung und der daraus folgenden Konsequenz, als solche seien sie nicht einer isolierten rechtsgeschäftlichen Beurteilung unter dem Gesichtspunkt eines entgeltlichen bzw. unentgeltlichen Schuldvertrages fähig.

1) Insoweit stimmt Ziegler mit der allgemein in der Literatur vertretenen Auffassung, die auf O. v. Gierke (vgl. S. 663 f.) zurückgeht, überein, daß der Gesellschaftsvertrag über eine rein schuldrechtliche Komponente hinausgehend verbandsrechtliche (vgl. Hueck § 6 II 2, S. 50) bzw. personenrechtliche (Flume, Personengesellschaft, § 2, II, S. 12) Züge aufweist. Kritisch beurteilt man dagegen die Möglichkeit, aus dieser Doppelnatur des Gesellschaftsvertrages irgendwelche praktischen Folgerungen zu ziehen, vgl. Ballerstedt JuS 1963, 253 (258); Hueck, a.a.O.; Schünemann, S. 177 f.

Diese Schlußfolgerung beruht auf einer bestimmten Definition des Mitgliedschaftsrechtes. Ziegler und Rittner sind übereinstimmend der Auffassung, daß in der Mitgliedschaft höchstpersönliche bzw. personenrechtliche und vermögensrechtliche Elemente enthalten sind.¹⁾ Unter den höchstpersönlichen Mitgliedschaftsrechten werden aber nicht etwa nur solche Befugnisse verstanden, die keinen vermögensrechtlichen Bezug haben, wie etwa Mitsprache- oder Mitverwaltungsrechte, Auskunfts- und Kontrollrechte gegenüber der Geschäftsführung oder auch Vertretungsbefugnisse.²⁾ Beide Autoren definieren vielmehr die Berechtigung am Gesellschaftsvermögen als ein Recht, das der höchstpersönlichen Machtsphäre angehört.³⁾ Der vermögensrechtliche Gehalt der Mitgliedschaft bestehe dagegen in den schuldrechtlichen Ansprüchen auf das Auseinandersetzungsguthaben, auf den Gewinn sowie auf den Ersatz von Aufwendungen.

Auf der Grundlage einer solchen Definition des Begriffs der Mitgliedschaft erscheint es nur konsequent, einer Vereinbarung, deren Regelungsgegenstand das so beschriebene Mitgliedschaftsrecht in seiner höchstpersönlichen Ausprägung ist, von vornherein das Merkmal eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Zuwendungsgeschäftes oder, ganz allgemein, einer vermögensrechtlichen Regelung abzusprechen,⁴⁾ da durch solche gesellschaftsvertragliche Klauseln das

1) Rittner, a.a.O., S. 512; Ziegler, S. 37.

2) Wiedemann, S. 32; vgl. a. Huber, S. 6.

3) So ausdrücklich Ziegler, S. 42; vgl. a. Rittner, a.a.O., S. 512, wonach die Mitgliedschaft so gut wie ganz im Mitunternehmersein aufgehen kann.

4) Rittner, a.a.O., S. 510; Ziegler, S. 101.

Maß der Bindung des Gesellschaftsvermögens festgelegt und die Grenze zwischen privatem und gesellschaftlichem Vermögensbereich gezogen wird.¹⁾ Die Konsequenz besteht darin, daß es über die vereinbarte Höhe des Abfindungsanspruchs hinausgehend keine vermögensrechtliche Position gibt, die dem Zugriff Dritter entzogen werden könnte.

Eine unmittelbare Anwendung der genannten Schutzbestimmungen auf diese Vereinbarungen zugunsten außerhalb des Gesellschaftsvertrages stehender Dritter kommt nach dieser Auffassung naturgemäß nicht in Betracht.

Es erscheint allerdings äußerst bedenklich, allein aufgrund einer rein begrifflichen Einordnung des Begriffs der Mitgliedschaft derartig weitreichende Konsequenzen für die Berücksichtigung betroffener Vermögensinteressen Dritter zu ziehen. Im Ergebnis würde dies dazu führen, aus einem darstellenden Begriff Rechtsfolgen abzuleiten.²⁾

Dennoch soll im folgenden die von Rittner und Ziegler vorgenommene begriffliche Kategorisierung mitgliedschaftsrechtlicher Regelungen auf ihre Richtigkeit hin untersucht werden. Es soll der Nachweis erbracht werden, daß ein richtig verstandener Begriff des Mitgliedschaftsrechtes durchaus vermögensrechtliche Züge trägt. Dieses Ergebnis führt im Anschluß zu der Untersuchung, ob Abfindungsvereinbarungen einem im Besonderen Schuldrecht geregelten Vertragstyp zugeordnet werden können.

1) So die Formulierung von Ziegler, S. 80; Rittner, a.a.O., S. 510 bezeichnet diese Vereinbarungen als auf den Unternehmenszweck bezogen.

2) Ziegler, S.153 ist offensichtlich gleicher Auffassung. Er untersucht nach der begrifflichen Einordnung von Abfindungsvereinbarungen die Möglichkeit einer analogen Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften anhand der beteiligten Interessen.

Hierzu ist aber eine Eingrenzung des Regelungsgegenstandes dieser Vereinbarungen, auch unter dem Gesichtspunkt des Mitgliedschaftsrechtes, erforderlich.

aa) Begriff des Mitgliedschaftsrechtes

Ausgehend von der die gesamte Literatur zum Gesellschaftsrecht beherrschenden Erkenntnis, daß die Stellung des Gesellschafters in der Personengesellschaft nicht hinreichend mit schuldrechtlichen, dinglichen oder organisationsrechtlichen Kategorien zu beschreiben ist,¹⁾ sah man sich veranlaßt, zur angemessenen Darstellung dieser Position einen besonderen Rechtsbegriff zu entwickeln, den des Mitgliedschaftsrechtes.

Dies wird von vornherein klar, wenn man an die "personenrechtlichen" Befugnisse eines jeden Gesellschafters denkt, an den gemeinsamen Angelegenheiten der Gesellschaft teilnehmen zu können. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an Mitsprache-, Auskunfts-, Kontroll- und Wahlrechte oder auch das Recht auf Geschäftsführung. Der Inhalt und der Umfang dieser einzelnen Berechtigungen entspringt nicht einem Bündel schuldrechtlicher Einzelverpflichtungen bzw. -rechte. Entscheidend ist vielmehr die Stellung, die der Gesellschafter insgesamt innerhalb des Personenverbandes einnimmt.

Aber auch die vermögensrechtliche Position eines jeden Ge-

1) Hierauf basiert die in Teilen der Literatur erkennbare Neigung, den Gesellschaftsvertrag trotz seiner Stellung im besonderen Schuldrecht dem Verbandsrecht zuzuordnen, vgl. S. 33f.

sellschafters, d.h. sein Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen, kann ebenfalls nicht allein mit schuldrechtlichen oder dinglichen Kategorien dargestellt werden. So stellt zwar die Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung und der Kapitalanteil die Berechnungsgrundlage für schuldrechtliche Ansprüche dar. Das heißt aber nicht, daß sie selbst Anspruchscharakter besitzen.¹⁾

Insgesamt besteht somit die Aufgabe des Mitgliedschaftsrechtes in der Darstellung der vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Positionen der Gesellschafter im Personen-zusammenschluß.²⁾

Dies ist ein erster Gesichtspunkt, der gegen die Auffassungen von Rittner und Ziegler spricht. Es erscheint nämlich fragwürdig, ob man aus einem solchen darstellenden Rechtsbegriff Rechtsfolgen ableiten kann.

Da die Abfindungsvereinbarung die vermögensrechtlichen Konsequenzen des Ausscheidensvorganges regelt, kann das personenrechtliche Element des Mitgliedschaftsrechtes für die Feststellung eines mitgliedschaftsrechtlichen Gehaltes von Abfindungsvereinbarungen außer Betracht bleiben. Es gilt daher, den Umfang dessen zu bestimmen, was Gegenstand einer vertraglichen Regelung des Mitgliedschaftsrechtes in seinem vermögensrechtlichen Gehalt sein kann. Berücksichtigt man, daß in vermögensmäßiger Hinsicht die Stellung der Gesellschafter durch die rechtliche Beziehung zum Gesellschaftsvermögen geprägt wird, so stellt der Begriff des Mitgliedschaftsrechtes in seinem vermögensrechtlichen Gehalt den Versuch dar, die Art der Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft mit einer einheitlichen juristischen Kategorie zu erfassen.

1) Vgl. Huber, S. 5.

2) Vgl. Huber, S. 6; Wiedemann, S. 32.

Bei der Frage, wie sich das Verhältnis mehrerer Personen zu einer Vermögensmasse darstellt, handelt es sich um ein Zuordnungsproblem.¹⁾ Es geht darum, auf welche rechtliche Art der einzelne an den eingebrachten Gegenständen und dem eventuell eingetretenen Wertzuwachs, den sie durch die Geschäftstätigkeit erfahren, Anteil hat. Für eine solche Zuweisung kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht.

1. Beschreibung der schuldrechtlichen Ansprüche der Gesellschafter

Die rechtlichen Beziehungen einer Einzelperson zu einem Personenverband in Bezug auf vorhandenes Vermögen können sich auf schuldrechtliche Ansprüche beschränken. Ein Beispiel hierfür ist die stille Gesellschaft.²⁾ Der stille Gesellschafter hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, daß ihm der Komplementär den Gewinnanteil ausbezahlt und ihm bei Beendigung der stillen Gesellschaft die Einlage (abzüglich eines etwaigen Verlustanteils) rückerstattet. Ebenso würde sich die Rechtsbeziehung eines Gesellschafters einer Personengesellschaft zum Gesellschaftsvermögen auf eine solche mit ausschließlich schuldrechtlichem Inhalt beschränken, wenn ihm die Mitgliedsstellung nur die Möglichkeit eröffnen würde, Ansprüche auf Auszahlung seines Gewinnanteils gem. § 121 HGB, auf Auszahlung der Liquidationsquote nach Beendigung der Gesellschaft gem.

1) Schulze-Osterloh, S. 13, spricht in diesem Zusammenhang von der "Zuständigkeit des einzelnen Teilhabers."

2) Paulick, § 6 I 2, S. 64; ob man demgegenüber wegen des sozialrechtlichen Elements darüber hinaus von einer besonderen Form des Sach- und Wertbesitzes sprechen kann (vgl. Würdinger JZ 1953, 225 (227)), erscheint fraglich. Insbesondere die rechtliche Bedeutung des Begriffs "Wertbesitz" ist nicht erkennbar.

§ 155 HGB und auf die Abfindung nach Ausscheiden gem. § 105, II HGB § 738, I geltend zu machen.

Von einer Beschränkung der Mitgliedschaft auf die dargestellten schuldrechtlichen Ansprüche geht Ziegler¹⁾ aus.

Ziegler²⁾ ist der Auffassung, daß durch die Vorschrift des § 717 in sehr eindeutiger Weise bestätigt wird, daß das Gesetz in den schuldrechtlichen Ansprüchen, die als Individualrechte nicht mehr durch das Gesellschaftsverhältnis gebunden sind, den vermögensrechtlichen Gehalt der Mitgliedschaft sieht.

Die Ansicht Zieglers ist jedoch abzulehnen. Aus § 717 kann man schon deshalb keine Erkenntnisse für den Inhalt des Mitgliedschaftsrechts gewinnen, weil sich der Gesetzgeber des BGB die Rechtsstellung des Personengesellschafters nicht als übertragbaren Rechtsgegenstand im Sinne einer Mitgliedschaft vorstellte. Der Durchbruch zu dem Verständnis der Gesellschafterstellung als einer übertragbaren Mitgliedschaft vollzog sich erst seit der Entscheidung des großen Zivilsenats des Reichsgerichts im Jahre 1944.³⁾

Im übrigen wird die Ansicht Zieglers auch durch eine Gegenüberstellung der §§ 717, S. 2 und 719, I Halbs. 1 widerlegt. Nach § 717, S. 2 sind die Ansprüche auf Auszahlung des Gewinns und des Auseinandersetzungsguthabens frei übertragbar. Dagegen ist der Anteil am Gesellschaftsvermögen gem. § 719, I Halbs. 1 unübertragbar. Daraus ergibt sich, daß ein Gesellschafter auch nach Abtretung aller schuldrechtlichen Ansprüche, die ihm aufgrund seiner Gesell-

1) Ziegler, S. 44.

2) Ziegler, a.a.O..

3) RG DNotZ 1944, 195 (198).

schafterstellung zustehen, weiterhin eine anteilige Berechtigung am Gesellschaftsvermögen behält.¹⁾

Ähnlich wie Ziegler ist Rittner²⁾ der Meinung, daß die Höhe der schuldrechtlichen Abfindungsforderung den vermögensrechtlichen Teil der Mitgliedschaft darstellt. Ein darüber hinausgehender Wert im Sinne eines vermögensrechtlichen Teils der Mitgliedschaft existiert laut Rittner nicht.

Rittners Aussage über den Inhalt des Mitgliedschaftsrechtes enthält allerdings insoweit eine Einschränkung, als nach seiner Auffassung der Gesellschaftsvertrag lediglich in Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters den Wert der Beteiligung festlegt. In den übrigen Fällen einer vom Gesetz vorgeschriebenen Bewertung von Gesellschaftsanteilen vertritt Rittner dagegen die gegenteilige Auffassung. Hierbei sei die Höhe der Abfindungsforderung unmaßgeblich.

Deutlich wird dies dort, wo Rittner³⁾ die Problematik des Einflusses von Abfindungsvereinbarungen auf die Bewertung der Mitgliedschaft im Zusammenhang mit dem Zugewinnausgleich erörtert, der bei gesetzlichem Güterstand in der Person des geschiedenen Ehepartners eines Gesellschafters entsteht. Gleiches gilt für die Ausführungen Rittners zur Bestimmung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs, den der von der Erbfolge ausgeschlossene Miterbe gegen den Erben-Gesellschafter geltend machen kann.

Rittner lehnt für diese Fälle grundsätzlich die Zugrundelegung der Abfindungsklausel für die Bewertung des Gesell-

1) Vgl. Huber, S. 158; v. Tuhr I, S. 363.

2) Rittner, FamRZ 1961, S. 505 (512).

3) Rittner, a.a.O., S. 515.

schaftsanteils ab und nimmt eine Ausgleichsverpflichtung des Belasteten nach Maßgabe des Vollwertes der Mitgliedschaft an.¹⁾ Darüber hinaus verneint er sogar eine Korrektur der Berechnung der Pflichtteilsschuld für den Fall, daß der Erbe später vielleicht einmal die Beteiligung kündigt und der Erlös hinter dem angesetzten Wert zurückbleibt. Er gestattet dem Ausgleichspflichtigen die Berufung auf den niedrigeren Abfindungswert nur in dem Sonderfall, daß er zur Erfüllung der Pflichtteils- bzw. Zugewinnausgleichsansprüche gezwungenermaßen den im Gesellschaftsanteil steckenden Vermögenswert durch Kündigung realisieren muß, weil sein Privatvermögen hierzu nicht ausreicht.

Die von Rittner gemachte Unterscheidung zwischen der Bewertung eines Gesellschaftsanteils für den Fall des Ausscheidens und einer in sonstigen Fällen vom Gesetz angeordneten Bewertung desselben erscheint unsachgemäß.

Entweder gibt es, so Rittner, keinen über die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Höhe des Abfindungsanspruchs hinausgehenden Wert der Beteiligung. Dies muß dann allerdings entgegen der Auffassung von Rittner für alle Fälle gelten, in denen dieser Wert von Bedeutung ist.

Nimmt man andererseits an, daß es einen "Überschießenden" Wert der Beteiligung gibt, ist die Frage zu klären, was mit diesem Wert nach dem Austritt aus der Gesellschaft geschieht. Geht dieser vielleicht doch auf die verbleibenden Gesellschafter über?

1) Rittner, a.a.O., S. 515.

Bei der Frage des Einflusses von Abfindungsbeschränkungen auf den Wert der Gesellschaftsanteile ist der überwiegend in der Literatur¹⁾ vertretenen Ansicht zu folgen, die Abfindungsvereinbarungen bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen in verschiedener Form und Höhe lediglich mitberücksichtigt, ohne solchen Vereinbarungen einen wertbestimmenden Gehalt beizumessen.

Die Auffassungen von Wiedemann²⁾ und Huber³⁾ unterscheiden sich nur graduell von der h.M. Sie sprechen sich zwar grundsätzlich für einen weitgehenden Schutz des Ausgleichspflichtigen durch eine Bewertung auf der Grundlage vertraglicher Abfindungsvereinbarungen aus. Gleichzeitig schränken sie diesen Schutz jedoch in erheblichem Umfang wieder ein.

Huber⁴⁾ bezieht als Korrekturposten den Ertragswert des Unternehmens in die Bewertung ein, soweit dieser höher ist als der durch Kündigung zu realisierende Substanzwert.

Berücksichtigt man, daß die Ermittlung des Unternehmenswertes nach dem Unternehmensertrag sich als Alternative zu der Bewertungsmethode auf der Grundlage des vollen Substanzwertes versteht,⁵⁾ wird diese Methode im Regelfall zu einem

1) vgl. Flume, Personengesellschaft, S. 167 f.; Goroncy NJW 1962, S. 1895 (1898 ff.); Schmitz-Herscheidt, S. 190 ff.; Siebert NJW 1960, S. 1033 (1036 ff.); Tiedau MDR 1959, S. 253 (256); Ulmer ZGR 1972, S. 339 ff. Darüber hinausgehend vertritt Stötter DB 1970, 525 (575) die Auffassung, daß immer der Vollwert der Mitgliedschaft maßgebend sein soll.

2) Wiedemann, S. 218.

3) Huber, S. 347.

4) Huber, a.a.O..

5) Vgl. S. 7.

höheren Bewertungsergebnis kommen als eine Bewertung entsprechend dem Buchwert des Kapitalanteils.

Wiedemann¹⁾ befürwortet einen prozentualen Zuschlag zum potentiellen Abfindungsguthaben, "wenn die Kapitalbeteiligung gegenüber der persönlichen Mitarbeit stark im Vordergrund steht", oder wenn sich eine bestimmte Entwicklung des Unternehmens, die Einfluß auf den Unternehmenswert haben wird, mit Sicherheit abzeichnet.

Auch diese von Wiedemann aufgeführten Abweichungen von seiner Ausgangsthese weisen aus, daß er keine Gleichsetzung des tatsächlichen Wertes des Gesellschaftsanteils mit der durch Vereinbarung festgelegten Abfindungsforderung bezweckt, da die von ihm erwähnten Beispiele nicht außerhalb jeder Erfahrung liegen.

Lediglich Sudhoff²⁾ legt uneingeschränkt die Abfindungsklausel als Bewertungskriterium zugrunde. Bemerkenswert ist die von ihm gegebene Begründung. Sudhoff³⁾ geht davon aus, daß die Buchwertklausel nicht verbindlich unter den Gesellschaftern den Wert der Beteiligung bestimmt.

Vielmehr werden durch diese Klauseln allen oder einzelnen Gesellschaftern bestimmte Verwaltungsrechte in Form von Prüfungsmaßnahmen genommen, die zur Ermittlung des wirklichen Wertes erforderlich wären. Dann aber, so folgert Sudhoff, kann auch der Pflichtteilsberechtigte den Gesellschafter-Erben nicht zu solchen Prüfungsmaßnahmen zwingen.

1) Wiedemann, a.a.O..

2) Sudhoff, DB 1973, S. 53 (56); ders. DB 1968, S. 652.

3) Sudhoff, DB 1973, S. 53 (56).

Hieraus folgert Sudhoff, daß in allen Fällen, in denen der Wert eines Gesellschaftsanteils von Bedeutung ist, auf eine eventuell bestehende Buchwertklausel zurückgegriffen werden muß. Im Ergebnis ergibt sich eine Gleichstellung des Buchwertes mit dem wirklichen Wert.

Diese Schlußfolgerung ist aber abzulehnen. Der Pflichtteilsanspruch wird in der Mehrzahl der Fälle im Zusammenhang mit dem Eintritt des Gesellschafter-Erben in die Gesellschafterstellung des Erblassers erhoben, so daß es nicht unbedingt zu einer Auseinandersetzung mit der dann maßgeblich werden den Buchwertklausel kommen muß und in den meisten Fällen auch nicht kommen wird. Der Grund hierfür liegt darin, daß gesellschaftsvertragliche Buchwertklauseln nicht gerade einen Anreiz für eine Kündigung bilden. Viel eher wird es daher, zumindest soweit die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag als frei übertragbares Recht ausgestaltet ist, zu einem Verkauf als Form der Wertrealisierung kommen. In diesem Fall aber spielt die Buchwertklausel, wenn überhaupt, so nur eine sehr untergeordnete Rolle bei der Wertermittlung des Gesellschaftsanteils, während z.B. die Ertragskraft des Unternehmens eine bedeutende Wertgrundlage bildet. Es bedeutet daher zumindest eine Verkehrung des Regel-Ausnahmegrundsatzes, wenn man den Buchwert der Mitgliedschaft mit dem Marktwert gleichsetzt.¹⁾ Speziell für den Fall eines Verkaufs der Beteiligung bzw. der Mitgliedschaft an einen außenstehenden Dritten zeigt sich, daß entgegen der Auffassung Rittners die Höhe der Abfindung nicht den vermögensrechtlichen Teil der

1) So aber Sudhoff, Unternehmensnachfolge, S. 149.

der Mitgliedschaft ausschöpft. Insgesamt ist somit eine Bewertung der Mitgliedschaft ausschließlich nach der Höhe des vertraglich fixierten Abfindungsanspruchs abzulehnen.

Dies gilt entgegen der Auffassung Rittners nicht nur in bestimmten Ausnahmefällen,¹⁾ sondern ausnahmslos.

Auch die Argumentation Rittners bietet daher keinen Anlaß zu der Annahme, der vermögensrechtliche Gehalt der Mitgliedschaft erschöpfe sich in schuldrechtlichen Ansprüchen der Gesellschafter.

2. Darstellung einer dinglichen Berechtigung

Es wäre eine anteilige dingliche Berechtigung des einzelnen Gesellschafters in bezug auf das Gesellschaftsvermögen in der Weise denkbar, daß jedem Gesellschafter, wie bei der Bruchteilsgemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. (vgl. § 747, S. 1),²⁾ ein bestimmter Anteil rechtlich zugewiesen wäre, mit der Folge, daß sich aus dieser Zuordnung bestimmte Befugnisse im Hinblick auf den gemeinschaftlichen Gegenstand ergeben würden.

Für die Personengesellschaften ist die Frage der dinglichen Zuordnung des Gesellschaftsvermögens jedoch anders geregelt. Einschränkend muß allerdings schon hier festgestellt werden, daß sich das Problem der dinglichen Zuordnung des Gesellschaftsvermögens nur in bezug auf die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, also auf die dem Gesellschaftszweck gewidmeten Sachen, Forde-

1) Vgl. S. 48 f.

2) Palandt-Thomas, § 747, Anm. 1.

rungen und sonstigen Rechte beschränkt. Hiervon zu unterscheiden ist das sog. Netto- oder Reinvermögen der Gesellschaft,¹⁾ dessen Zuordnungsform anschließend erörtert werden soll. Die Eigenart der rechtlichen Beziehung der jeweiligen Gesellschafter zu den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens ist gekennzeichnet durch das im Personengesellschaftsrecht bestehende Gesamthandsprinzip. Soweit hierdurch die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens in Abgrenzung zu der in der Bruchteilsgemeinschaft und in juristischen Personen typisiert wird, ist sein Inhalt folgendermaßen bestimmt. Träger, d.h. Subjekte der dem Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögensgegenstände sind die Gesellschafter in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit.²⁾

-
- 1) Die Notwendigkeit einer Differenzierung dieser beiden Vermögensbegriffe ergibt sich aus § 719, I; hätte der Gesetzgeber mit dem "Anteil am Gesellschaftsvermögen" die Summe der dazu gehörenden einzelnen Gegenstände gemeint, wäre ihre nochmalige Erwähnung in dieser Vorschrift überflüssig gewesen, vgl. Huber, S. 144.
 - 2) Zwar besteht nur eine geringe Konvergenz der zum Gesamthandsbegriff vertretenen Auffassungen, vgl. Schünemann, S. 29 und die Zusammenstellungen bei Buchda, S. 189 ff. bzw. Flume, Personengesellschaft, S. 54 ff.; diese Divergenz bezieht sich aber im wesentlichen auf die Erörterung der prinzipiellen Frage, ob man die Gesamthand in bezug auf die Gesamthänder als "Vielheit" oder unter dem Gesichtspunkt des gebundenen Vermögens im Sinne einer "Einheit" betrachtet, vgl. Flume, Personengesellschaft, S. 54. Bezüglich der Abgrenzung der Gesamthand gegenüber anderen Vermögensgemeinschaften besteht jedoch weitgehend Übereinstimmung, und nur zu diesem Zweck wurde die überwiegend akzeptierte Formel der Gesamthand verwandt; vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 105, Anm. 7 und 34; Wolff-Raiser, S. 505.

In Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft bedeutet dies, daß dem einzelnen nicht beziehungslos zur Gruppe der übrigen Berechtigten, quasi als beliebigen Privatperson, ein Teil der aus dem Gesamtvermögen fließenden Rechte zugeordnet ist. Vielmehr sind die Gesellschafter "nur in ihrer unselbständigen, von ihnen selbst nicht ablösbaren Qualität als Gesamthänder"¹⁾

Subjekte der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten.

In Abgrenzung zur juristischen Person dagegen liegt die Rechtszuständigkeit bezüglich der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht bei einem von der Gesamtheit der Mitglieder des Personenverbandes unterscheidbaren Rechtsgebilde. Vielmehr ist jeder Gesamthänder unmittelbar und vollständig berechtigt, allerdings nur in seiner personenrechtlichen Verbundenheit mit den übrigen Gesellschaftern als Gesamthänder.

Für die Frage der dinglichen Berechtigung des einzelnen Gesellschafters in bezug auf die einzelnen Gegenstände, Rechte und Forderungen der Gesellschaft hat das Gebilde der gesamthänderischen Verbindung folgende Konsequenz. Zwar ist jeder Gesellschafter Träger des Gesellschaftsvermögens und damit Subjekt der hieraus fließenden dinglichen Berechtigungen. Diese Zuständigkeitsbeziehung zwischen Gesellschafter und den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens besteht aber nur insoweit, als der Teil des einheitlichen Gebildes Gesamthand ist.²⁾ Insofern ist es zumindest sachlich ungenau, wenn man eine Zuordnung der einzelnen Gegenstände des Gesamthandsvermögens zu den Ge-

1) Schünemann, S. 171.

2) Vgl. Flume, Personengesellschaft, S. 72.

sellschaftern völlig leugnet.¹⁾ Richtig ist aber, daß der Gesellschafter als Einzelperson kein Zuordnungs~~subjekt~~ dinglicher Berechtigungen in bezug auf die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ist.²⁾

Damit steht fest, daß das Objekt des Mitgliedschaftsrechtes in seinem vermögensrechtlichen Gehalt nicht das Gesellschaftsvermögen im Sinne der Summe der einzelnen Gegenstände, Forderungen und sonstigen Rechte sein kann. In diesem Sinne ist das Gesellschaftsvermögen Objekt einer dinglichen Zuordnung an den gesamthänderischen Personenverband.

1) So aber Hueck, § 16 II 1, S. 159; v. Tuhr I, S. 352.

2) Absolut herrschende Auffassung: Esser § 95 IV 1, S. 286 gegen Fabricius, S. 118 ff.; Enneccerus-Lehmann § 89 I, S. 356 f. und § 179 II, S. 748; Flume, Personengesellschaft, S. 119; Huber, S. 121; Larenz § 60 IV a, S. 352; diese Ansicht ist neuerdings wieder von Schulze-Osterloh bestritten worden. Schulze-Osterloh vertritt die These, daß sich Gesamthandsgemeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft nicht wesensmäßig unterscheiden. Bei beiden Gemeinschaftsformen sei eine Mitzuständigkeit der einzelnen Teilhaber bezüglich der gemeinschaftlichen Gegenstände gegeben, und die in dieser Weise definierten Anteile begründen nach seiner Auffassung subjektive Rechte (S. 29); Schulze-Osterloh sucht die Begründung in dem Nachweis, daß eine Verfügung der einzelnen Gesamthänder über ihren Anteil möglich ist (S. 17 ff., insbes. S. 22 f.). Den Ausführungen von Schulze-Osterloh ist Flume, Personengesellschaft, S. 119 ff. entgegengetreten. Flume stellt klar, daß angebliche Anteile der einzelnen Gesellschafter an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens rechtlich ohne jeden Belang sind (S. 120) und daß die Annahme solcher Anteile wegen § 719 nicht mit einer angeblichen Verfügungsmöglichkeit über sie begründet werden kann (S. 122).

3. Anteil am Reinvermögen

Eine unmittelbare Berechtigung des einzelnen Gesellschafters in bezug auf das Gesellschaftsvermögen, vermittelt durch die Mitgliedschaft in der Gesellschaft, kann sich daher nur auf das obenerwähnte Netto- bzw. Reinvermögen beziehen. Nur diese Rechtsposition kann also Gegenstand einer mitgliedschaftsrechtlichen Regelung sein. Der Vermögensbegriff des Reinvermögens umfaßt neben dem Aktivvermögen des Unternehmens auch die Schulden und zwar in der Weise, daß zur wertmäßigen Ermittlung des Vermögens eine Saldierung der Aktiva mit den Passiva vorzunehmen ist. Die Saldierung geschieht anhand der kaufmännischen Bilanz, in der der Gesamtwert aller Vermögenswerte eines Unternehmens dem Gesamtwert aller Schulden gegenübergestellt wird. Der Überschuß der Aktiven über die Passiven bildet das Nettovermögen der Gesellschaft.¹⁾

Demgegenüber wird teilweise die Auffassung vertreten, daß das BGB den Begriff des Nettovermögens, der, saldiert, auch die Schulden einschließt, nicht kennt.²⁾ Buchner³⁾ begründet dies damit, daß weder bei der An- bzw. Abwachsung noch allgemein bei einer Vermögensübernahme eine Übernahme der Schuldenhaftung als Folge des oben erwähnten Vermögensbegriffs statfinde. Eine solche Haftung werde im Falle der Vermögensübernahme erst durch die Vorschrift des § 419, I angeordnet.

1) Huber, S. 141 f..

2) Binder, S. 14; auch Buchner AcP 169, 483 (491) unter Hinweis auf die Begründung von Enneccerus-Nipperdey. Diese aber behaupten lediglich, daß mit dem Ausdruck Vermögen im BGB "grundsätzlich" nur das Aktivvermögen gemeint sei, vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 843.

3) Buchner, a.a.O..

Hieraus kann man jedoch nicht auf eine ausschließliche Verwendung des Begriffs Vermögen im BGB schließen. Die Aussage Buchners läßt vielmehr nur den Schluß zu, daß speziell in den §§ 738, I 1 und 419 mit dem Vermögen nur das Aktivvermögen gemeint ist. Daß die Aussage Buchners und Binders in dieser Allgemeingültigkeit nicht richtig ist, ergibt sich u.a. aus der Bedeutung des Vermögensbegriffs "Nachlaß" in § 2311. Wenn in § 2311 vom "Wert des Nachlasses" zu einem bestimmten Zeitpunkt die Rede ist, so kann sich dieser Wert nur aus der Differenz der Summe der Aktiven und Passiven ergeben.¹⁾

In diesem Sinne spielt der Begriff des Vermögenswertes gerade im Gesellschaftsrecht eine wichtige Rolle, speziell in Auseinandersetzungsfällen. Darüber hinaus hat auch das Vermögensverzeichnis der Personengesellschaften, die Bilanz, in dem das Aktiv- und das Passivvermögen gegenübergestellt werden, noch für weitere Angelegenheiten der Gesellschafter Bedeutung, z.B. für die Ermittlung und Verteilung des Jahresgewinns, so daß im gesellschaftsrechtlichen Bereich die Verwendung des Begriffs "Vermögen" unter Einschluß der Passiven unumgänglich ist.²⁾

Ein Zuständigkeitsproblem bezüglich dieses Nettovermögens stellt sich insofern, als den einzelnen Gesellschaftern in irgendeiner rechtlichen Form die Vorteile aus dem Betrieb des Unternehmens, d.h. die Erhöhung des Überschusses der Aktiven über die Passiven, zufließen müssen. Es wurde bereits festgestellt,³⁾ daß dies nicht oder zumindest nicht

1) Dies erkennen auch Enneccerus-Nipperdey, S. 843 f., an; diesen Fall betrachten sie als eine der von der sonst üblichen Bedeutung des Begriffs Vermögen abweichenden Ausnahmen.

2) So auch v. Tuhr I, S. 322.

3) Vgl. S. 47, 53.

ausschließlich in der Weise geschieht, daß den einzelnen Gesellschaftern entsprechend einem bestimmten Beteiligungsverhältnis schuldrechtliche Ansprüche zugesprochen werden.

Der Anteil des einzelnen Gesellschafters am Reinvermögen der Gesellschaft ist aber auch kein dingliches Recht. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung. Eine Gegenüberstellung der Aktiva und der Passiva in der kaufmännischen Bilanz kann nur durch einen wertmäßigen Vergleich der einzelnen Bilanzposten geschehen. Der Überschuß des Wertes des Aktivvermögens über den Wert der Schulden bildet das Reinvermögen, das dann selber nur eine reine Wertziffer bilden kann.¹⁾ Gegenstand einer dinglichen Zuordnung kann aber nur ein Vermögensrecht, nicht ein Vermögenswert sein.

Dennoch aber ist im Gegensatz zu den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens dem einzelnen Gesellschafter in Abgrenzung zur Gemeinschaft der Gesamthänder ein Anteil am Reinvermögen zugewiesen.²⁾ Dies folgt aus § 859, I S. 1 ZPO. Durch diese Vorschrift werden die Privatgläubiger der Gesellschafter in die Lage versetzt, den Wert zu realisieren, der durch den Anteil des jeweiligen Gesellschafters am Reinvermögen repräsentiert wird. Diese Zugriffsmöglichkeit der Privatgläubiger setzt notwendigerweise voraus, daß den Gesell-

1) Huber, S. 145.

2) Damit soll allerdings nicht der Ansicht widersprochen werden, daß Gesellschafter ohne vermögensrechtliche Teilhabe ohne weiteres mit dem Wesen einer Personengesellschaft vereinbar sind, vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 105, Anm. 9 a; Hueck § 1 I 1 b, S. 3 ff.; Schlegelberger-Geßler § 105, Anm. 6.

schaftern ein solcher Anteil in irgendeiner rechtlichen Form zugeordnet ist.¹⁾

Die Existenz solcher Anteile der Gesellschafter am Reinvermögen im Sinne eines subjektiven Rechts wird in der Literatur teilweise bestritten. Wiedemann²⁾ ist der Ansicht, daß auch das Netto- oder Reinvermögen ausschließlich der Gemeinschaft gehört. Dies erscheint aber schon deshalb unzutreffend, weil das Reinvermögen als Saldierung der Aktiva und der Passiva kein Gegenstand dinglicher Zuordnung ist,³⁾ und es daher niemandem "gehören" kann. Auch Ziegler⁴⁾ scheint dem zu widersprechen. Ziegler⁵⁾ lehnt neben dinglichen Anteilen der Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens auch einen Anteil am Gesellschaftsvermögen insgesamt ab. Den Ausführungen Zieglers ist jedoch nicht eindeutig zu entnehmen, daß er zwischen dem Gesellschaftsvermögen als Summe der einzelnen dem Gesellschaftszweck gewidmeten Sachen, Forderungen und sonstigen Rechte und dem Reinvermögen der Gesellschaft trennt. Unter Umständen bezieht sich also die Aussage Zieglers gar nicht auf die Frage eines Anteils des einzelnen Gesellschafters am Reinvermögen der Gesellschaft. Aber auch in dem Fall, daß Ziegler die Berechtigung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen bzw. die Mitgliedschaft auf das

1) Es handelt sich daher bei dem Anteil am Reinvermögen nicht lediglich um eine wirtschaftliche, sondern um eine rechtliche Beteiligung, vgl. Huber, S. 146 f.; Rokas, S. 25; Würdinger JZ 1953, 225 (227).

2) Wiedemann, S. 36.

3) Enneccerus-Nipperdey § 131, I, S. 841; v. Tuhr I, S. 328.

4) Ziegler, S. 40.

5) Ziegler, a.a.O..

Reinvermögen bezieht, ist seine Ansicht, dieses Recht stehe als höchstpersönliches Recht außerhalb einer vermögensrechtlichen Zuordnung,¹⁾ angesichts des § 859 ZPO unhaltbar. Zwar stellt Ziegler²⁾ fest, daß entgegen dem Wortlaut des § 859, I ZPO nicht der "Anteil am Gesellschaftsvermögen", sondern nur die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben, auf den Gewinn sowie auf Ersatz von Aufwendungen der Pfändung unterworfen seien. In diesem Fall wäre die Vorschrift des § 859, I ZPO überflüssig, da die genannten schuldrechtlichen Ansprüche schon nach den hierfür geltenden Vorschriften der §§ 135 HGB; 829, 857 ZPO gepfändet werden können. Außerdem spricht der insoweit eindeutige Wortlaut des § 859 ZPO, der entgegen § 135 HGB ausdrücklich den Anteil am Gesellschaftsvermögen erwähnt, gegen die Auffassung von Ziegler.

Flume³⁾ ist der Ansicht, "die Annahme eines unmittelbaren Anteils des Gesamthänders am Gesellschaftsvermögen als einer unmittelbaren Berechtigung ist ohne Sinn" und "es gibt hinsichtlich der einzelnen Vermögensgegenstände wie des Vermögens im ganzen keine rechtliche Zuständigkeit zu den einzelnen Gesellschaftern."

Diese Aussage scheint der oben⁴⁾ vertretenen Meinung zu widersprechen, dem einzelnen Gesellschafter sei ein Anteil an dem Reinvermögen der Gesellschaft zugewiesen.

Die Aussage von Flume beschränkt sich aber auf die Ab-

1) Ziegler, S. 42.

1) Ziegler, S. 43.

3) Flume, Personengesellschaft, S. 72.

4) siehe S. 59 f.

lehnung einer unmittelbaren dinglichen Zuordnung des Gesellschaftsvermögens an die einzelnen Gesellschafter. Dies folgt aus den Ausführungen zu § 859, I ZPO. Auch Flume bestreitet angesichts dieser Vorschrift nicht, daß ein Teilhaberrecht des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen existiert, welches den Privatgläubiger in die Lage versetzt, den Wert des Anteils am Gesellschaftsvermögen durch die Kündigung zu realisieren. Dieses Recht bezeichnet Flume¹⁾ als Mitgliedschaft, "alias den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen." Diese Rechtsposition, die Flume als Mitgliedschaft bezeichnet, ist aber von der gesamthänderischen Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens zu trennen, da diese auch nach Auffassung von Flume nicht der Pfändung durch Privatgläubiger unterliegt.

Im Ergebnis unterscheidet sich also die Auffassung Flumes nicht von der oben vertretenen.

Auch die Möglichkeit, die Gesellschaft als gesamthänderische Vereinigung der Gesellschafter mittels einer anderen Zurechnungsform zum Subjekt der Berechtigungen bezüglich des Reinvermögens zu machen, scheidet aus. Zwar wird der Begriff der Gesamthandsgemeinschaft verschieden interpretiert, je nach dem, ob man bei seiner Erfassung von der Einheit des Gesellschaftsvermögens oder der Vielheit der Gesellschafter ausgeht. Einigkeit besteht, wenn auch teilweise nicht klar ausgesprochen, insoweit, daß es sich bei dieser Gemeinschaftsform um eine spezielle dingliche Zuordnung der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens handelt.²⁾

1) Flume, a.a.O..

2) Schulze-Osterloh, S. 15.

Aus der oben vertretenen Auffassung, daß dem einzelnen Gesellschafter kein Anteil an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens zusteht, folgt weiterhin, daß man nicht auf der Basis einer solchen Zuständigkeit die Zuweisung bestimmter Anteile an den Früchten der einzelnen Gegenstände zugunsten der Gesellschafter annehmen kann.¹⁾

Die Problematik der Annahme eines dem einzelnen Gesellschafter zugewiesenen Anteils am Reinvermögen der Gesellschaft besteht darin, daß dingliche Zuständigkeit der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens - diese liegt bei der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter - und Zuweisung des hierin verkörperten Wertes - dieser ist den einzelnen Gesellschaftern zugeordnet - auseinanderfällt. V. Tuhr²⁾ stellt zutreffend fest, daß die Gesellschafter den Wert des ihrem Anteil entsprechenden Teils des Gesamtvermögens zu ihrem eigenen Vermögen zählen, obgleich die Gegenstände des Gesamtvermögens nicht zu ihrem Vermögen gehören. Da aber der Wert einer Sache keine Existenz für sich hat, muß zwischen dem Gesamthandsverband und dem einzelnen Gesellschafter eine Rechtsbeziehung bestehen, die sich auf den den Wert bildenden Gegenstand bezieht.³⁾ Daß für die Beschreibung dieser Rechtsbeziehung

1) So aber Schulze-Osterloh, vgl. S. 71; Schulze-Osterloh, S. 72, ist der Auffassung, daß bei der Auseinandersetzung "das Reinvermögen unter die Teilhaber nach Maßgabe ihrer gegenständlichen Beteiligung verteilt wird." Diese Ansicht ist abzulehnen. Es kann auch dann keinen Zusammenhang zwischen der Quote der gesamthänderischen Beteiligung der Gesellschafter und dem Anteil am Auseinandersetzungserlös geben, wenn man, wie Schulze-Osterloh, entgegen der herrschenden Meinung die Existenz solcher Anteile bejaht, vgl. S. 41, Fn. 1; dies folgt aus dem Umstand, daß es Gesellschafter ohne Beteiligung am Auseinandersetzungserlös gibt, die aber dennoch zwangsläufig Gesamthandsberechtigte sind, da das letztere untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden ist.

2) V. Tuhr, S. 359.

3) So zutreffend Huber, S. 166.

schuldrechtliche und dingliche Kategorien versagen, wurde bereits festgestellt.¹⁾

Mit dieser Feststellung, daß sich zugunsten des einzelnen Gesellschafters eine Zuständigkeit bezüglich des Reinvermögens der Gesellschaft in Form eines bestimmten Anteils ergibt, daß aber für die rechtliche Form dieser Zuweisung die schuldrechtlichen und dinglichen Formen versagen, ist der Inhalt des Mitgliedschaftsrechtes in seinem vermögensrechtlichen Gehalt definiert. Allgemein ausgedrückt, kann man das Mitgliedschaftsrecht als eine spezifische Form der Vermögenszuweisung bezeichnen.²⁾

Es bleibt zu klären, worin sich dieser Anteil am Reinvermögen verkörpert.

bb) Inhalt des Mitgliedschaftsrechtes

Es wurde schon erwähnt,³⁾ daß es bei der Entwicklung des Begriffs Mitgliedschaftsrecht um die Darstellung der Rechtsstellung ging, die den Gesellschaftern die aus der unternehmerischen Tätigkeit erzielten Vorteile bzw. eingetretenen Verluste zuweist. Da sich diese aus dem bilanziellen Überschuß der Aktiven über die Passiven bzw. um-

1) Vgl. S. 53, 56.

2) Hier wird die Konvergenz mit der Auffassung von Flume, Personengesellschaft, S. 73, signifikant, der die der Pfändung unterworfenen Rechtsposition des einzelnen Gesellschafters ebenfalls als Mitgliedschaft bezeichnet; Huber, S. 166 führt die Bezeichnung als "Wertrecht" ein. Mit Recht ist jedoch die Frage gestellt worden, welche zusätzliche Bedeutung die Entwicklung dieses Begriffs habe, vgl. Westermann, Rdz. 288.

3) Vgl. S. 57.

gekehrt aus dem Überschuß der Passiven über die Aktiven ergeben, und die auf diese Weise berechnete Bilanzziffer einen Wert ausdrückt, ist es im Gegensatz zur dinglichen Berechtigung möglich, das periodische Betriebsergebnis als teilbare Größe darzustellen. Es handelt sich bei dieser Wertziffer um eine veränderliche Position, so daß für die Zuweisung an die einzelnen Gesellschafter ein abstrakter Maßstab in Form eines Verteilungsschlüssels erforderlich ist.¹⁾ Ein Element der vermögensrechtlichen Teilhabe der Gesellschafter besteht also in der quotenmäßigen Gewinn- und Verlustbeteiligung. Andererseits wird der Gesamtwert des Unternehmens durch die Summe der Anteile am Gewinn nicht erfaßt. Dies liegt u.a. daran, daß einzelne Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht zu ihrem wahren Wert auf der Aktivseite der Bilanz erscheinen. Die Gesellschafter sind berechtigt, im Rahmen bestimmter bilanzrechtlicher Grundsätze eine Unterbewertung des Aktivvermögens vorzunehmen.²⁾

-
- 1) Dieser Verteilungsschlüssel kann sich aus den Kapitalanteilen ergeben, wie sie sich entsprechend den §§ 120 ff. HGB aus der Gewinnverteilung ergeben. Für die Gewinn- und Verlustbeteiligung gilt jedoch der Grundsatz der Privatautonomie, vgl. Hueck § 17 II 3, S. 245; Heymann-Kötter § 121, Nr. 4. Es können also besondere Vergütungen vereinbart werden. Darüber hinaus können auch nach dem Gesellschaftsvertrag die Kapitalanteile für die Gewinnverteilung ganz außer Betracht bleiben, vgl. Flume, Personengesellschaft, S. 159.
 - 2) Vor allem ist in diesem Zusammenhang das Niederstwertprinzip zu nennen, wonach von den möglichen Werten eines bilanzierungspflichtigen Gegenstandes, also den Anschaffungs- oder Herstellungskosten einerseits oder dem Marktwert andererseits, grundsätzlich der jeweils niedrigere anzugeben ist, vgl. Großfeld, S. 40, während z.B. für den ursprünglichen Firmenwert ein Bilanzierungsverbot besteht (vgl. § 153, V, S. 1 AktG.).

Hierdurch entstehen sogenannte stille Reserven, die durch Nichtberücksichtigung bei der Gewinnverteilung zu einer verdeckten finanziellen Stärkung des Unternehmens in Form der sogenannten Rücklagenbildung führen. Auch dieses nicht aus der Bilanz erkennbare, aber faktisch vorhandene Vermögen muß den Gesellschaftern zugewiesen werden. Dies geschieht durch die Beteiligung am Liquidationserlös bzw. durch das Recht auf Auseinandersetzung nach der Kündigung. Da im Regelfall die stillen Reserven erst als Folge der Auflösung der Gesellschaft im Zuge der Auseinandersetzung oder, zumindest nach der gesetzlichen Regelung des § 738, I S. 2, als Folge der Kündigung im Wege der Auseinandersetzungsbilanz aufgelöst werden,¹⁾ handelt es sich bei der Zuordnung der stillen Reserven nicht um einen realen, sondern um einen gedachten ideellen Anteil.²⁾ Nach dem auch für diesen Anteil bestehenden Verteilungsschlüssel entsprechend dem Verhältnis der Kapitalanteile³⁾, der aber ebenfalls durch anderweitige Vereinbarungen modifiziert werden kann,⁴⁾ kann zu jedem beliebigen Zeitpunkt errechnet werden, welchen Anteil die einzelnen Gesellschafter am substantiellen Gesamtwert des Unternehmens haben.

Allein die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter in Form eines Anteils am Gewinn und am Liquidationsüberschuß reicht zur Beschreibung der vermögensrechtlichen Stellung der Gesellschafter im Personen-

1) Falls sie durch einen Beschluß der Gesellschafter schon vorher aufgelöst werden, erhöhen sie das bilanzielle Reinvermögen der Gesellschaft und kommen damit im Wege der Gewinnbeteiligung den Gesellschaftern zugute.

2) Vgl. Huber, S. 145.

3) Vgl. S. 65, Fn. 1

4) Hueck § 17 V 4, S. 240.

verband nicht aus. Wie es der Dispositionsfreiheit des Eigentümers entspricht, daß ihm die rechtliche Möglichkeit eingeräumt ist, den Wert des ihm zugeordneten Gegenstandes z.B. durch Verkauf zu realisieren, so kann man auch nur dann sinnvollerweise von einer Zuordnung von Anteilen am Gesellschaftsvermögen sprechen, wenn mit dieser Zuordnung die Möglichkeit der Wertrealisierung verknüpft ist. Dies ist durch das Recht auf Auseinandersetzung mittels Kündigung bzw. Nichtverlängerung des Gesellschaftsvertrages gewährleistet.¹⁾

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der vermögensrechtliche Gehalt der Mitgliedschaft in der Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung, dem Anteil am Liquidationsüberschuß und dem Anspruch auf Auseinandersetzung besteht.²⁾

Soweit sich die Literatur mit dem Begriff des Mitgliedschaftsrechtes beschäftigt, kommt sie mit zum Teil anderer Begründung zum gleichen Ergebnis.

Huber³⁾ zählt zu den Mitgliedschaftsrechten die Rechtspositionen, die untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden sind. Hierzu rechnet Huber als Positionen mit vermögensrechtlichem Gehalt die gesamthänderische Mitinhaberschaft am Gesellschaftsvermögen und den dazu gehörenden Gegenständen, die persönliche Haftung für Gesellschafts-

1) Die Möglichkeit der Wertrealisierung durch rechtsgeschäftliche Übertragung der Mitgliedschaft kann in diesem Zusammenhang außer acht gelassen werden; wegen § 719, I (1. Altern.) bedeutet diese Möglichkeit kein generelles Recht. Sie setzt vielmehr eine diesbezügliche gesellschaftsvertragliche Vereinbarung voraus.

2) Der Vollständigkeit halber ist noch die Stellung der Gesellschafter in der Gesamthandsgemeinschaft zu nennen. Diese bezieht sich jedoch auf die dingliche Zuordnung der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, so daß sie bei der Untersuchung des Inhaltes der Mitgliedschaft in bezug auf das Reinvermögen unberücksichtigt bleiben kann.

3) Huber, S. 2 ff..

schulden, die Gewinn- und Verlustbeteiligung und den Kapitalanteil. Das Recht auf Auseinandersetzung bezeichnet Huber nicht ausdrücklich als zur Mitgliedschaft gehörend. Allerdings sieht Huber in dem unverzichtbaren Recht auf Kündigung (vgl. § 738, III; § 133, III HGB) die Möglichkeit, den Anteil am Gesellschaftsvermögen wertmäßig zu realisieren, d.h. in einen reinen Geldanspruch umzusetzen.¹⁾ Es macht aber nur einen terminologischen Unterschied, ob man als Mitgliedschaftsrecht das Recht auf Auseinandersetzung²⁾ oder, abstellend auf den auslösenden Akt der Herbeiführung der Auseinandersetzung, das Recht auf Kündigung bezeichnet. Einzelnen schuldrechtlichen Ansprüchen und Verbindlichkeiten und damit natürlich auch dem Abfindungsanspruch verweigert Huber³⁾ ausdrücklich die Anerkennung als mitgliedschaftsrechtliche Position, da sie sich durch einen normalen Abtretungsvertrag von der Stellung als Mitglied des Rechtsverhältnisses "Gesellschaft" trennen lassen. Solche rein schuldrechtlichen Positionen wie die Ansprüche auf Auszahlung des auf den jeweiligen Gesellschaftser entfallenen bilanziell festgestellten Jahresgewinns während des Bestehens der Gesellschaft und auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens bei ihrer Beendigung bezeichnet Huber⁴⁾ als Folgerechte des Anteils am Gesellschaftsvermögen.

1) Huber, S. 156 f.

2) Vgl. S. 67.

3) Huber, S. 5.

4) Huber, S. 163.

Flume¹⁾ bezeichnet als sich aus der Mitgliedschaft ergebende vermögensrechtliche Teilhabe des Gesellschafters die Gewinn- und Verlustbeteiligung, den Anteil am Liquidationserlös bzw. den Auseinandersetzungsanspruch für den Fall des Ausscheidens und die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Hieraus geht nicht eindeutig hervor, ob Flume in dem für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft bestehenden Recht auf Herbeiführung der Auseinandersetzung oder in dem schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der Abfindung das Mitgliedschaftsrecht sieht.²⁾ Auch an anderer Stelle bezeichnet Flume³⁾ als vermögensmäßige Bezüge der Mitgliedschaft einerseits die Gewinnbeteiligung bzw. den Anteil am Liquidationserlös, also Rechtspositionen, die Huber als Mitgliedschaftsrechte deklariert; andererseits nennt Flume auch in diesem Zusammenhang den Abfindungsanspruch des Ausscheidenden. Oberflächlich betrachtet spricht dies dafür, daß Flume den schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der Abfindung als Mitgliedschaftsrecht kategorisieren will. Hierbei handelt es sich jedoch offensichtlich um eine zumindest unpräzise Verwendung des Begriffs "Abfindungsanspruch".⁴⁾ In einem anderen Zusammenhang stellt Flume⁵⁾ nämlich ausdrücklich einen Gegensatz zwischen Mitgliedschaftsrechten und Forderungsrechten her. Auch Flume sieht also lediglich in dem

1) Flume, Personengesellschaft, S. 145.

2) Die gleiche Unterscheidung ist zu treffen für den Anteil eines Gesellschafters an dem Gewinn der Gesellschaft und dem schuldrechtlichen Anspruch auf Auszahlung eines bestimmten Anteils am Jahresgewinn, der erst durch die Feststellung der Bilanz entsteht.

3) Flume, Personengesellschaft, S. 149.

4) Nur Wiedemann, S. 169 präzisiert den Begriff.

5) Flume, Personengesellschaft, S. 127.

Recht auf Herbeiführung der Auseinandersetzung das mitgliedschaftliche Element.

Auf den in dieser Weise übereinstimmend beschriebenen Inhalt ist der Begriff der Mitgliedschaft zu beschränken. So wenig man die Stellung der Parteien eines normalen Schuldverhältnisses als Mitgliedschaft bezeichnet, genauso wenig ist es sinnvoll, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden rein schuldrechtlichen Ansprüche, wie z.B. den Abfindungsanspruch, als dem Mitgliedschaftsrecht zugehörig zu bezeichnen.¹⁾

Die Auffassungen von Rittner und Ziegler, wonach die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden schuldrechtlichen Ansprüche den vermögensrechtlichen Teil des Mitgliedschaftsrechtes darstellen, sind daher abzulehnen. Vermögensrechtlicher Teil des Mitgliedschaftsrechtes ist vielmehr die den einzelnen Gesellschaftern zugeordnete Berechtigung am Gesellschaftsvermögen in der Form des Gewinnanteils, des Anteils an der Liquidationsquote und des Anspruchs auf Auseinandersetzung. Der Abfindungsanspruch selbst zählt nicht zu den Mitgliedschaftsrechten. Damit stellt die Abfindungsvereinbarung, die die Höhe des Abfindungsanspruchs festlegt, keine mitgliedschaftsrechtliche Regelung dar.

Die Auffassungen Rittners und Zieglers, Abfindungsvereinbarungen jeden vermögensrechtlichen Gehalt abzusprechen, da sie der höchstpersönlichen bzw. mitgliedschaftlichen Sphäre angehören, sind abzulehnen.

1) So im Ergebnis auch Wiedemann, S. 36; Würdinger, JZ 1953, 225 (227) bezeichnet die Gläubigerschaft im Verhältnis zur Beteiligung zutreffend als "aliud, eine andere rechtslogische Denkform."

Eine Mittelmeinung vertritt Flume. Flume definiert Abfindungsvereinbarungen als "integrierenden Bestandteil der Vereinbarung über das Ausscheiden."¹⁾ Inhaltlich unterscheidet sich die Auffassung Flumes zwar nicht von der von Rittner und Ziegler vertretenen Meinung, die die Abfindungsklauseln als mitgliedschaftsrechtliche Regelungen bezeichnen. Denn auch Flume hält sie - insoweit übereinstimmend mit Ziegler²⁾ - für ein "Mittel zur unterschiedlichen Gestaltung der vermögensmäßigen Bezüge der Mitgliedschaft"³⁾ und für eine auf den Fortbestand und damit auf den Gesellschaftszweck bezogene Vereinbarung⁴⁾ - insoweit übereinstimmend mit Rittner.⁵⁾

Insoweit ist auch die Auffassung von Flume nach dem oben Gesagten abzulehnen.

Andererseits lehnt Flume aber nicht - wie Rittner und Ziegler dies tun - jeden vermögensrechtlichen Gehalt von Abfindungsvereinbarungen ab. Während jene von vornherein die Prüfung dieser Vereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit als abwegig bezeichnen und Rittner⁶⁾ ihnen sogar den Charakter eines aus sich zu verstehenden Rechtsgeschäftes abspricht, untersucht Flume⁷⁾ im Anschluß die Abfindungsvereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der Schenkung und schließt

1) Flume, Festschr. f. Ballerstedt, S. 204.

2) Ziegler, S. 80 f.

3) Flume, a.a.O., S. 207.

4) Flume, a.a.O., S. 215.

5) Rittner FamRZ 1961, 505 (510).

6) Rittner, a.a.O.

7) Flume, a.a.O., S. 205.

für solche Klauseln, die zu einer Beschränkung des Abfindungsanspruchs führen, eine Einordnung als Schenkung nicht aus.

Diese Ansicht von Flume führt zu der weiteren Untersuchung, inwieweit Abfindungsvereinbarungen als Schenkung bzw. entgeltliche Verträge einzuordnen sind. Es hat sich nämlich bei der Untersuchung des Mitgliedschaftsrechtes gezeigt, daß es über den durch eine Buchwertklausel beschränkten Abfindungsanspruch hinaus einen Vermögenswert gibt, der u.U. als Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters auf die übrigen Gesellschafter schenkweise oder auch entgeltlich übergeht.

2. Buchwertklauseln als entgeltliche oder unentgeltliche Verträge

Entgeltliche wie unentgeltliche Verträge sind, wie oben bereits festgestellt wurde,¹⁾ gleichermaßen auf ein Umsatzgeschäft ausgerichtet, d.h. sie zielen ihrem Inhalt nach entweder auf einen gegenseitigen Leistungsaustausch oder eine einseitige Zuwendung ab. Die Annahme des einen wie des anderen Vertragstyps würde demnach voraussetzen, daß der ausscheidende Gesellschafter den übrigen durch die Vereinbarung der Abfindungsklausel etwas zuzuwenden verspricht. Was aber soll Zuwendungsgegenstand einer Abfindungsvereinbarung sein?

a) der Kapitalwert als Zuwendungsgegenstand

Bewertet man das Vermögen des aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters vor und nach dem Ausscheidenszeitpunkt, so ist eine als Folge der Abfindungsvereinbarung eingetretene Wertdifferenz zu verzeichnen. Diese ergibt sich aus dem Vergleich des wirtschaftlichen Wertes der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen unter Einschluß der Bewertung der stillen Reserven und des Firmenwertes einerseits und der Höhe der Abfindungsforderung andererseits, die aufgrund der Buchwertklausel im Einzelfall erheblich unter dem Beteiligungswert liegen kann.

Dennoch scheidet der Wert der Beteiligung, der dem Ausscheidenden nicht in Form des Abfindungsanspruchs ausbezahlt wird, von vornherein als Zuwendungsgegenstand aus.

1) Vgl. S. 36.

Dies folgt daraus, daß der Wert einer Sache oder eines Rechtes nicht selbständig zum Gegenstand einer Verfügung gemacht werden kann. Er ist lediglich ein volkswirtschaftlicher Begriff, der allenfalls eine Eigenschaft eines seinerseits übertragbaren Vermögensgegenstandes sein kann.¹⁾ So ist denn auch niemals ernsthaft behauptet worden, daß der Kapitalwert der Mitgliedschaft Gegenstand einer durch die Abfindungsklausel erfolgten Zuwendung zugunsten der verbleibenden Gesellschafter ist.

Eine solche Annahme wird zwar Siebert und Huber von einigen Autoren²⁾ unterstellt. Die zitierten Ausführungen der beiden Autoren bestätigen dies jedoch nicht.

Unter der Überschrift "Vererblichkeit des Kapitalwerts bei Beendigung der Mitgliedschaft" untersucht Siebert³⁾ die vermögensrechtlichen Folgen für den Fall, daß die Gesellschaft nach dem Tod eines Gesellschafters aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag entgegen § 131 Nr. 4 HGB unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Nach seiner Auffassung wächst ihnen nach § 738, I 1 die gesamthänderische Mitberechtigung zu, während sich die vermögensrechtliche Beteiligung, die Siebert als Kapitalanteil bezeichnet, in den schuldrechtlichen Abschichtungsanspruch verwandelt und als solcher im Wege der Gesamtnachfolge (§ 1922) dem Alleinerben oder der Erbengemeinschaft zufällt.

1) So zutreffend Rittner FamRZ 1961, 505 (510); Ziegler, S. 54; auch schon Enneccerus-Nipperdey I 1 § 134, III S. 852; die h.M. lehnt allerdings den Eigenschaftscharakter des Wertes eines Gegenstandes ab, vgl. die Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey II 2 § 168 II 3, S. 1047.

2) Vgl. Goroncy, S. 120; Heckelmann, S. 49; Rittner FamRZ 1961, 505 (510); Ziegler, S. 53 f.

3) Siebert, Gesellschaftsvertrag, S. 9 ff.

Da nach der Vorstellung des Gesetzgebers (vgl. § 738, I 2) der Abschichtungsanspruch der Höhe nach dem wahren Wert der Beteiligung entspricht, wird somit in der Tat, wirtschaftlich betrachtet, d.h. abstellend auf den bei den verbleibenden Gesellschaftern eintretenden Vermögenszuwachs, diesen der Wert der Beteiligung in Höhe der Differenz zwischen dem nach § 738, I 2 berechneten und dem durch die Abfindungsklausel bestimmten Abfindungsanspruch zugewendet. Diese Zuwendung vollzieht sich aber nach Auffassung Sieberts rechtstechnisch in der Form eines Teil- oder vollständigen Verzichts auf den den Erben an sich zustehenden Abschichtungsanspruch. Diese Trennung zwischen einer rein wertmäßigen Beurteilung dessen, was der oder die Erben bei bestehenden gesellschaftlichen Abfindungsklauseln im Vergleich zur gesetzlichen Abfindung erhalten, und der Bestimmung des Wertträgers, also des den verbleibenden Gesellschaftern zugewendeten Gegenstandes, vollzieht Siebert¹⁾ ausdrücklich. Sie muß auch bei seinen folgenden Ausführungen, in denen er mehrfach von der "Zuwendung des Kapitalwertes" spricht,²⁾ berücksichtigt werden.³⁾

Auch Huber bezeichnet nicht den Wert des Anteils am Gesellschaftsvermögen als Gegenstand einer durch die Abfindungsklausel erfolgenden Übertragung. Zwar spricht

1) Siebert, a.a.O., S. 10.

2) Vgl. insbesondere Siebert, a.a.O., S. 11.

3) Bachmann, S. 257, stellt insoweit zutreffend fest, daß Siebert in dem Abschichtungsanspruch in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe das Zuwendungsobjekt zu erkennen glaubt.

Huber¹⁾ im Zusammenhang mit demselben Problem, das auch Gegenstand der Ausführungen Sieberts ist, also der Frage der Wirksamkeit des Ausschlusses des Abfindungsanspruchs der weichenden Erben, von der "Zuwendung des Wertanteils am Gesellschaftsvermögen an die übrigen Gesellschafter." Für Huber ist aber dieses Wertrecht kein von seinem Gegenstand oder Recht getrennter Wert im Sinne einer Eigenschaft. Huber²⁾ definiert vielmehr die Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft als Wertanteil am Gesellschaftsvermögen. Es ist aber heute unbestritten, daß die Mitgliedschaft, für die Huber lediglich einen anderen Begriff einführt, ein selbständiges, übertragbares Vermögensrecht darstellt.³⁾

Es kann daher als einhellige und zutreffende Ansicht bezeichnet werden, daß der Kapitalwert von vornherein als Zuwendungsgegenstand eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrages ausscheidet.

b) Kapitalanteil als Zuwendungsgegenstand

Über den Inhalt des Kapitalanteils an einer Personenhandelsgesellschaft besteht heute weitgehend Einigkeit. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre umschreiben den Kapitalanteil lediglich als eine Rechnungsziffer, die den Wert der jeweiligen wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck

1) Huber, S. 463.

2) Huber, S. 145 ff.

3) Düringer-Hachenburg, § 130, Anm. 5; Wiedemann, S. 73.

bringen soll und die deshalb den Maßstab bildet, wenn der Wert dieser Beteiligung rechtlich von Bedeutung wird.¹⁾

Hiervon abweichend bezeichnen einige Autoren²⁾ den Kapitalanteil als subjektives Recht, das Gegenstand von Verfügungen sein kann.

Im Ergebnis unterscheidet sich diese Auffassung lediglich terminologisch von der h.M.

Die genannten Autoren unterscheiden im Gegensatz zur h.M. nicht zwischen dem Recht selbst, dem Anteil am Gesellschaftsvermögen,³⁾ und dem Verteilungsschlüssel unter den Gesell-

1) So die Formulierung von Hueck § 16 V 1, S. 229 f., von der die Rechtsprechung und die übrigen Autoren nur in Nuancen abweichen, vgl. Zitate bei Hueck, a.a.O., Fn. 44. Flume, Personengesellschaft, S. 148 hat allerdings zutreffend vermerkt, daß die Bilanzziffer des Kapitalanteils nur eine begrenzte Aussage über die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse zulasse. Je nach dem, wie hoch die Differenz zwischen dem Wert des Unternehmens und der Summe der Kapitalanteile ausfalle - dies hängt im wesentlichen von der Höhe des Ertragswertes des Unternehmens ab - von um so größerer Bedeutung ist für die Beteiligungsverhältnisse die Gewinnbeteiligung, zumindest nach der gesetzlichen Regelung, vgl. a. S. 65. Hiervon abweichend beurteilen zwar einige Autoren den Kapitalanteil als ein "rechtliches Kriterium", weil er als Maßstab für den Umfang der mitgliedschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten diene und damit nicht lediglich eine wirtschaftliche Größe darstelle, vgl. Heckelmann, S. 53; Huber, S. 224 f.; Wiedemann, S. 308; die genannten Autoren folgern hieraus aber nicht, daß der Kapitalanteil selbständiger Verfügungsgegenstand ist, so daß sich insoweit keine Abweichungen von der h.M. ergeben.

2) v. Godin, Wpg 1958, 226 (227); Geßler § 120, Anm. 10; v. Randenborgh DNotZ 1959, 373 (380); Fischer in Großkomm. HGB § 120, Anm. 21; vgl. a. Eckelt, NJW 1954, 1905 (1909), der den Kapitalanteil als Wertrecht bezeichnet.

3) Die Frage, ob der Anteil am Gesellschaftsvermögen als Zuwendungsgegenstand in Betracht kommt, wird im folgenden Kapitel erörtert, vgl. S. 78.

schaftern.

Entsprechend §§ 120, II, 121, 122, 155 HGB ist mit der h.M. davon auszugehen, daß der Kapitalanteil "der ziffernmäßige Ausdruck der verhältnismäßigen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist."¹⁾

Ebensowenig, wie über den Wert eines Gegenstandes oder Rechtes verfügt werden kann, genausowenig bildet der Maßstab eines Beteiligungsverhältnisses ein von diesem zu trennendes subjektives Recht oder Wertrecht.

Auch der Kapitalanteil scheidet daher als Gegenstand eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrages aus.

c) Die Mitgliedschaft als Zuwendungsgegenstand

Als Mitgliedschaft wurde die Rechtsstellung bezeichnet, die dem einzelnen Gesellschafter insgesamt innerhalb des Personenzusammenschlusses zugewiesen ist.²⁾ Hierzu gehören neben der vermögensrechtlichen Teilhabe auch solche Rechtspositionen, die die übrigen Gesellschafter möglicherweise schon vor einer eventuellen Übertragung der Mitgliedschaft besaßen, z.B. bestimmte Verwaltungsrechte, also namentlich im Gesellschaftsvertrag geregelte Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, auf jeden Fall aber die Stellung als Partei des Gesellschaftsvertrages.³⁾ Aus diesem Grunde

1) So die Definition von Westermann, Rdz. 288.

2) Vgl. S. 45.

3) Vgl. Huber, S. 4.

kommt allenfalls eine Übertragung der Mitgliedschaft in ihrem vermögensrechtlichen Gehalt, kurz der Anteil am Gesellschaftsvermögen bzw. die Beteiligung in Betracht. Die Beteiligung könnte der Gegenstand sein, an dem sich die dargestellte mit der Abfindung des Ausscheidenden zum Buchwert verbundene Wertverschiebung vollzieht. Diese Auffassung wird von der Rechtsprechung¹⁾ und durchweg von dem Teil der Literatur²⁾ vertreten, der Abfindungsvereinbarungen als entgeltliche, aleatorische Verträge einordnet.

aa) Die von Goroncy vertretene Ansicht

Goroncy³⁾ stellt im Rahmen der Untersuchung der Anwendbarkeit des § 1375, II Nr. 1 auf Abfindungsvereinbarungen die Frage nach dem Zuwendungsgegenstand dieser Klauseln. Hierbei sei auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen abzustellen. Diese Feststellung beruht auf der Annahme einer im Ausscheidensfall stattfindenden Vermögensverschiebung. Den Vermögensverlust des Ausscheidenden sieht Goroncy⁴⁾ in dem Teil des Gesellschaftsanteils, der durch den beschränkten Abfindungsanspruch wertmäßig nicht aufgewogen wird. Der Vermögensvorteil bestehe darin, daß der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern anwachse und sie für diesen Vorteil infolge der Abfindungsklausel einer beschränkten bzw. gar keiner Verpflichtung in Form einer

1) Vgl. z.B. BFH BStBL 1953 III, 199 (200).

2) Vgl. die auf S.35 in Fn.1 zitierte Literatur; darüber hinaus Flume, Personengesellschaft, S. 176. Zwar stellt Heckelmann, S. 79 fest, daß diese von ihm als herrschend bezeichnete Meinung den Zuwendungsgegenstand nicht näher bezeichnet. Dies ist jedoch in dieser Allgemeinheit unzutreffend, vgl. BFH BStBL, a.a.O.; Goroncy, S.121; Flume, a.a.O..

3) Goroncy, S. 118 ff..

4) Goroncy, S. 121.

Abfindungszahlung ausgesetzt seien. In dem Maße der Beschränkung des Abfindungsanspruchs bedeute also, so Goroncy, der Verlust des Geschäftsanteils auf der einen und die Anwachsung auf der anderen Seite eine Vermögensverschiebung.

Es erscheint jedoch fraglich, ob man als Zuwendungsgegenstand dieser auf der Abfindungsvereinbarung beruhenden Vermögensverschiebung den Anteil am Gesellschaftsvermögen bezeichnen kann.

Dagegen spricht zum einen der Umstand, daß Gegenstand der zugrundeliegenden Vereinbarung der Abfindungsklausel gerade nicht eine Übertragung von Anteilen ist. Diese Klausel beschränkt sich vielmehr ausschließlich auf die Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs.¹⁾

Zum anderen ist zu bedenken, daß nach Auffassung von Goroncy²⁾ der Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht auf die übrigen Gesellschafter übergeht, sondern als Folge der Anwachsung erlischt. Goroncy stellt nämlich zutreffend fest, daß nach § 738, I 2 ein Abfindungsanspruch nur im Fall des Erlöschens der Mitgliedschaft entstehen kann, während umgekehrt bei einer abweichend von § 738, I erfolgenden rechtsgeschäftlichen Übertragung der Mitgliedschaft, bei der diese in der Hand der übrigen Gesellschafter fortbesteht, eine Anwachsung als Voraussetzung des Entstehens eines Abfindungsanspruchs³⁾ nicht stattfindet.⁴⁾

1) Vgl. Heckelmann, S. 61.

2) Vgl. Goroncy, S. 168, Fn. 1.

3) Vgl. § 788, I

4) Vgl. Heckelmann, S. 267; Wiedemann, S. 53; Flume, S. 370 ff. ist dagegen der Auffassung, daß sich die Anwachsung durch eine Übertragung der Mitgliedschaft vollziehe. Diese Auffassung ist Gegenstand der folgenden Erörterungen.

Es stellt sich somit die Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen und sein gleichzeitiges Erlöschen angenommen werden kann. Goroncy kommt auf der Grundlage einer bestimmten Auffassung über den Vorgang der Zuwendung zu der Annahme, daß das Erlöschen der Mitgliedschaft als Folge der Anwachsung eine rechtsgeschäftliche Vermögensverschiebung darstelle. Goroncy¹⁾ definiert diese Zuwendung als einen Akt, durch den jemand unter Vermögensverlust aus seinem Vermögen einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft. Mit einer solch weitgefaßten Begriffsbestimmung läßt sich ohne weiteres eine Vermögensverschiebung erklären, bei der der Gegenstand, an dem sich die Verschiebung vollzieht, untergeht und darüber hinaus ein hierauf gerichtetes Rechtsgeschäft nicht vorliegt. Auch in diesem Fall liegen, wie Goroncy für den Anteil des Ausscheidenden darlegt, sowohl der Vermögensverlust als auch der Vermögensvorteil als die erforderlichen Elemente des Zuwendungsbegriffs vor.

Hier zeigt sich jedoch, daß hinter dem Begriff der Zuwendung, wie Henle²⁾ richtig bemerkt, kaum ein Gedanke von wissenschaftlichem Eigengehalt steckt. Sein Begriffsinhalt reduziert sich auf die Formel der willkürlichen Vermehrung des Vermögens eines anderen.³⁾ Eine Konkretisierung verspricht nur eine Untersuchung des Begriffs der Zuwendung im

1) Goroncy, S. 121.

2) Henle, S. 51.

3) So die Begriffsbestimmung bei Enneccerus-Nipperdey, II 2, § 147 III, S. 913; v. Tuhr II 2, § 71, S. 49 ff.; noch weiter die von Liebisch, S. 19, gegebene Definition, wonach Zuwendungen alle erlaubten Handlungen sind, durch die jemand einem anderen einen Vorteil verschafft.

jeweiligen Zusammenhang.¹⁾ Es ist daher zu prüfen, welche Bedeutung der Zuwendung als gemeinsamem Merkmal entgeltlicher bzw. unentgeltlicher Verträge zukommt.

Eine weitere Präzisierung ergibt sich daraus, daß es um die Frage der Anwendbarkeit bestimmter Vorschriften, im Fall der Untersuchung Goroncys um die Anwendbarkeit des § 1375, II Nr. 1 geht.

Goroncy²⁾ selbst stellt zutreffend fest, daß für diese Vorschrift der gleiche Begriff der Zuwendung gilt wie für die Schenkung in § 516. Dies folgt daraus, daß sich beide Vorschriften in ihrem objektiven Tatbestand nicht unterscheiden. Lediglich im subjektiven Tatbestand, der Frage der Einigung über die Unentgeltlichkeit, ergeben sich Unterschiede aus dem verschiedenen Normzweck beider Vorschriften.³⁾

Das Erfordernis dieser Präzisierung folgt aus dem eingeschränkten Zuwendungsbegriff für Schenkungen.⁴⁾ Aus dieser

1) So wird der Zuwendungsbegriff für Schenkungen von einigen Autoren insoweit eingeschränkt, als nur solche Zuwendungen in Betracht kommen, die "aus dem Vermögen" des Schenkers kommen, d.h. aus seiner Vermögenssubstanz erfolgen. Damit werden z.B. schenkweise erfolgende Arbeitsleistungen oder das Unterlassen eines möglichen Verdienstes ausgeschieden, vgl. Esser BT § 67 I 2 a; Larenz II § 47 I, S. 154; Kapp § 7 Rdnr. 397; a.A. BGH NJW 1970, 941 f.; RG GruchB 71, 531; Enneccerus-Lehmann § 120 II 2; Palandt-Putzo § 516, Anm. 2, 4 h; Erman-Seiler § 516, Rdnr. 25.

2) Goroncy, S. 118; so a. Erman-Heckelmann § 1375, Rdnr. 7.

3) Vgl. im einzelnen MK-Gernhuber § 1375, Rdnr. 16.

4) Vgl. Fn. 1; die dort angegebene Gegenmeinung ist abzulehnen. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 516 ("eine Zuwendung aus seinem Vermögen") und des § 517; außerdem hält das Gesetz für andere Formen unentgeltlicher Zuwendungen besondere Vertragstypen bereit: vgl. §§ 598, 608, 609, III für die zeitlich begrenzte, unentgeltliche Gebrauchs- oder Kapitalüberlassung, § 662 für die unentgeltliche Dienstleistung.

Einschränkung, wonach nur Zuwendungen aus der Vermögenssubstanz des Schenkers unter die Schenkung fallen, folgert man, daß die Hauptbedeutung dieses Vertragstyps auf dem Gebiet der Veräußerungsgeschäfte liegt.¹⁾ Dies wird noch bestätigt durch die Stellung der diesen Vertrag regelnden Vorschriften im Anschluß an den "Kauf" und den "Tausch".²⁾

Mit dem Inhalt des so gewonnenen Zuwendungsbegriffs ist es aber nicht zu vereinbaren, Rechtsvorgänge wie die Anwachsung als schenkungsrechtliche Vermögensverschiebung zu bezeichnen.

Dem steht nicht entgegen, daß nach allgemeiner Auffassung³⁾ der Schenkungsgegenstand nicht wesensgleich aus dem Vermögen des Zuwendenden in das des Empfängers übergehen muß. Diese Annahme betrifft nur die Frage der Bereicherung des Zuwendungsempfängers. Die Bereicherung muß sich als wirtschaftliches Ergebnis der Zuwendung ergeben,⁴⁾ d.h. aus dem Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Zuwendung. Hier-

1) Dies ist die überwiegende und zutreffende Auffassung in der Literatur, vgl. S.82 Fn. 1 und 4; Liebisch, S. 78 ist der Ansicht, daß "in dem Titel über die Schenkungen nur die Gegenstandsverschaffung geregelt wird." In diesem Sinne a. Oertmann, S. 103. Rittner FamRZ 1961, 505 (510) ist darüber hinausgehend der Meinung, daß sich unabhängig von Schenkungen "die Frage nach einem entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrag wohl eigentlich bloß bei Rechtsgeschäften stellen läßt, die Vermögensgegenstände von dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen Person hinüberschieben." Für die Schenkung ist diese Aussage wegen des hierfür geltenden eingeschränkten Zuwendungsbegriffs zwar zutreffend, nicht aber für sämtliche unentgeltlichen Verträge. So liegt z.B. bei einem Auftrag nach § 662 eine Verschiebung von Vermögensgegenständen nicht vor.

2) Vgl. Larenz Bd. II § 47 I, S. 154.

3) RGZ 167, 199 (202); BGH NJW 1952, 1171; BFH BStBL 1971 I, 269 (276); Staudinger-Ostler § 516, Anm. 10.

4) Vgl. Larenz Bd. II § 47 I, S. 155.

aus folgt, daß es nicht erforderlich ist, daß das Erlangte unmittelbar aus dem Vermögen des Schenkers herrührt.

Ausreichend ist vielmehr, daß "der geschenkte Gegenstand in der Weise zugewendet werde, daß ein Dritter ihn unmittelbar an den zu Beschenkenden leiste als Gegenleistung für eine Leistung des Schenkers an ihn."¹⁾ Die Aussage des RG läßt nur den Schluß zu, daß der schenkungsrechtliche Zuwendungsbegriff auch dann erfüllt ist, wenn die Zuwendung des Vermögensgegenstandes über eine dritte Person stattfindet.²⁾ Der gänzliche Verzicht auf ein Veräußerungsgeschäft als Element des schenkungsrechtlichen Zuwendungsbegriffs ist dem RG dagegen nicht zu unterstellen.

Andererseits steht der hier vertretenen Auffassung, daß Abfindungsvereinbarungen im Zusammenhang mit dem Vorgang der Anwachsung keine schenkungsrechtliche Vermögensverschiebung darstellen, auch nicht entgegen, daß nach allgemeiner Ansicht³⁾ eine schenkungsrechtliche Zuwendung auch durch Realakt, z.B. als Folge einer Verbindung gem. § 946, erfolgen kann. Zwar ist dieser Fall insoweit mit der Anwachsung vergleichbar, als die gem. § 946 verbundene bewegliche Sache rechtlich nicht fortexistiert. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, daß auch hierbei keineswegs auf ein Veräußerungsgeschäft als Element des schenkungsrechtlichen Zuwendungsbegriffes verzichtet wird. Auch diese Erörterung bezieht sich, wie die oben erwähnte des RG, lediglich auf die Frage des Zuwendungserfolges, der auch durch eine Verbindung gem. § 946

1) So RGZ 167, 199 (202).

2) So ausdrücklich auch Rittner FamRZ 1961, 505 (510).

3) Vgl. Palandt-Putzo § 516, Anm. 2 m.w.N.

eintreten kann. Demgegenüber liegt im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters ein Veräußerungsgeschäft, das die Zuwendung des Geschäftsanteils zum Gegenstand hat, nicht vor. Die Abfindungsvereinbarung beschränkt sich auf die Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs.¹⁾ Darüber hinaus besteht für die Gesellschafter auch kein Grund, die Frage der weiteren Existenz der Mitgliedschaft zum Gegenstand vertraglicher Abreden zu machen, da § 738, I 1 durch die Anordnung der Anwachsung eine gesetzliche Regelung trifft.

In diesem Sinne sind auch die Erörterungen Kämpplers²⁾ zur rechtsgeschäftlichen Einordnung der unentgeltlichen Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils zu verstehen. Für diese nimmt Kämppler einen Schenkungsvertrag an. Als Zuwendungsgegenstand dränge sich der Geschäftsanteil auf, weil er aus dem Vermögen des Erblasser-Gesellschafters verlorengehe. Zwar verändere dieser als Folge der Einziehung sein Wesen, weil er als selbständiges Recht untergehe und sich bei dem Begünstigten als nur mittelbarer Zuwachs niederschlage. Diese Wesensänderung sei aber ebenso zu beurteilen wie der Fall, in dem der Begünstigte durch Verbindung (§§ 946, 947) Eigentümer der geschenkten Sache werde. Diese Form des Erwerbes werde als Bereicherung des Empfängers bewertet. Die Aussage von Kämppler bezieht sich ebenfalls auf die Frage des Zuwendungserfolges. Auf eine Übertragungshandlung verzichtet auch Kämppler nicht. Sie nimmt vielmehr an, daß der Geschäftsanteil "sozusagen nach einer logischen Sekunde des Übergangs

1) Vgl. Heckelmann, S. 61.

2) Kämppler ZGR 1978, 542 (551 ff.).

auf die Gesellschafter von ihnen eingezogen und vernichtet wird." Dagegen scheitert nach Ansicht von K ppler die Annahme einer Vermögensübertragung in Gestalt der Stimmrechte und der Gewinn- und Liquidationsanteile, da diese nicht aus dem Vermögen des Erblassers verlorengehen. Den Unterschied zu den Auswirkungen des Ausscheidens auf den Anteil eines Personengesellschafters am Gesellschaftsvermögen betont K ppler¹⁾ ausdrücklich, indem sie für diesbezügliche Abfindungsklauseln die Mitgliedschaft als Zuwendungsgegenstand ausschließt und auf die speziellen Probleme der Anwachsung des Anteils bei den übrigen Gesellschaftern hinweist.

Es bleibt daher bei der Ablehnung der von Goroncy vertretenen Auffassung, da er auf der Grundlage eines unzutreffenden Zuwendungsbegriffs in dem Zusammenhang von Abfindungsklausel und Anwachsung eine schenkungsrechtliche Vermögensverschiebung sieht.

bb) Die von Flume vertretene Auffassung

Auch Flume²⁾ bezeichnet die Beteiligung als Zuwendungsgegenstand einer möglicherweise durch den Abfindungsausschluß oder die Abfindungsbeschränkung erfolgenden Schenkung. Flume kommt allerdings zu diesem Ergebnis auf der Grundlage eines zutreffenden Zuwendungsbegriffs, indem er entgegen der Ansicht von Goroncy nicht das Erlöschen der

1) K ppler, a.a.O., S. 551.

2) Flume, Festschr. f. Ballerstedt, 197 (205).

Mitgliedschaft als Folge des Ausscheidens, sondern ihren rechtsgeschäftlichen Übergang auf die verbleibenden Gesellschafter annimmt.¹⁾ Die Abfindungsklausel betreffe die Mitgliedschaft und statuiere, zu welchen Bedingungen sie bei dem Ausscheiden auf die verbleibenden Gesellschafter übergehe.

Diese Auffassung beruht auf einer bestimmten Interpretation des bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft stattfindenden Anwachsungsvorganges nach § 738, I 1. Flume²⁾ bezieht den Vorgang der Anwachsung auf die Mitgliedschaft insgesamt, d.h. auf die gesamte dem Gesellschafter innerhalb des Personenzusammenschlusses zustehende Rechtsstellung, wozu neben der gesamthänderischen Mitberechtigung an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens auch die Gewinnbeteiligung und der Liquidationsanteil gehören.³⁾

Flume führt aus, daß "die Anwachsung als eine Rechtsänderung der Mitgliedschaft in der Gruppe die dem Wesen einer Gesamthandsgemeinschaft gemäße Form der Änderung der Rechtszuständigkeit sei."⁴⁾ Was aber versteht Flume unter der Rechtsänderung der Mitgliedschaft? Verändern die Gesellschafter intern das Verhältnis, nach welchem sie zur Nutzung und Einflußnahme untereinander berechtigt sind. Eine solche Abrede könnte man zwar ohne weiteres als eine Verfügung über die Mitgliedschaft bezeichnen. Unter den Begriff der Verfügung fallen nämlich alle inhaltlichen Änderungen eines Rechts,

1) Flume, a.a.O., S. 206.

2) Flume, Personengesellschaft, S. 369 ff.

3) Vgl. S. 67.

4) Flume, Personengesellschaft, S. 374.

somit auch eine Änderung im Inhalt des Mitgliedschaftsrechts.¹⁾ Eine Übertragung dieses Rechtes wäre aber mit einer in diesem Sinne verstandenen Rechtsänderung nicht verbunden.

An anderer Stelle wird jedoch deutlich, daß Flume²⁾ unter der Rechtsänderung eine Übertragung der Mitgliedschaft auf die übrigen Gesellschafter versteht. Eine solche dogmatische Einordnung des Anwachsungsprinzips ist zwar nicht mit dem Wortlaut des § 738, I 1 in Einklang zu bringen.

Über dieses Bedenken läßt sich jedoch hinwegsehen, da den Verfassern des BGB das Wesen der Mitgliedschaft nicht geläufig war und sie daher nur die Möglichkeit besaßen, die Anwachsung auf das Gesamthandsvermögen zu beziehen.³⁾

Darüber hinaus unterstellt Flume allerdings dem Gesetzgeber, daß er die Vorschrift des § 738 in Unkenntnis der Entwicklung des Mitgliedschaftsrechtes formuliert hat, sie aber bei Kenntnis seiner Entwicklung in dem von ihm interpretierten Sinne verfaßt hätte.

Dies erscheint aber sehr fraglich. Das Prinzip der Anwachsung beruht nämlich nicht auf der Einführung durch die Vorschrift des § 738, I, sondern findet seine Grundlage in dem Institut der Gesamthandsgemeinschaft.⁴⁾ Die vermögensrechtliche Organisation dieser Gemeinschaftsform, d.h. die dingliche Zuordnung der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zu den Gesellschaftern, hat aber durch die Entwicklung des Begriffs der Mitgliedschaft keine Ver-

1) Vgl. Wiedemann, S. 310.

2) Flume, Personengesellschaft, S. 388.

3) So a. Flume, Personengesellschaft, S. 370.

4) Vgl. RGZ 145, 289 (293).

änderung erfahren. Hierdurch wurde vielmehr zum einen die Möglichkeit geschaffen, die umfassende Stellung einer Person in einem Personenverband, d.h. ihre vermögens- und verwaltungsrechtlichen Befugnisse, begrifflich zu umschreiben, wobei dies ein rein praktischer Gesichtspunkt ist. Zum anderen, und hier liegt die größere Bedeutung des Mitgliedschaftsrechtes, ermöglichte die Entwicklung dieses Begriffs und vor allem seine Anerkennung als übertragbares Vermögensrecht die Konstruktion der unmittelbaren Rechtsnachfolge eines vordem außenstehenden Dritten in die Stellung eines Gesellschafters.¹⁾

Irgendeine Auswirkung auf das Gesamthandsprinzip und damit

1) Zwar ist es auch ohne eine Anerkennung des Mitgliedschaftsrechtes als eines übertragbaren Vermögensrechtes möglich, die Rechtsnachfolge eines außenstehenden Dritten in die Gesellschafterstellung zu konstruieren; in diesem Fall aber ist eine Kombination verschiedener Vereinbarungen der Beteiligten erforderlich, vgl. Westermann Handbuch, Rdz. 391; immer muß ein Aufnahmevertrag mit den verbleibenden Gesellschaftern geschlossen werden. Ein solcher Vertrag setzt allerdings die Auflösung des Mitgliedschaftsrechtes bzw. der einzelnen Berechtigungen des Ausscheidenden voraus. Ein "nahtloser" Übergang seiner Stellung ist daher mittels dieser Konstruktion undurchführbar, vgl. Wiedemann, S. 58 f..

Aus dieser unterschiedlichen Konstruktion der Übertragung der Gesellschafterstellung ergeben sich nicht nur Differenzen in der praktischen Durchführung. Denkbar sind durchaus auch unterschiedliche Folgen für die Beurteilung der Wirksamkeit der Übertragung. Während bei der "nahtlosen Rechtsnachfolge" durch Übertragung der Mitgliedschaft nur ein einzelner Vertrag auf seine Gültigkeit hin überprüft werden muß, kann sich bei zeitlich gestreckter Vereinbarung der Vertragskombination bei Abschluß des zuletzt abgeschlossenen Vertrages ein ausschließlich gegen diesen bestehendes Wirksamkeitshindernis ergeben, das die gesamte Übertragung zum Scheitern bringt.

auf den Vorgang der Anwachsung war aber hiermit nicht verbunden.

Eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse unter den Gesellschaftern aber zwar zweifellos auch schon zu einer Zeit möglich, als man deren Gesamtstellung innerhalb des Personenverbandes noch nicht mit dem Begriff der Mitgliedschaft umschrieb. Eine solche rechtsgeschäftliche Vereinbarung mit dem Ziel der Veränderung der Beteiligungsverhältnisse, die im Extremfall auch zur völligen Aufhebung eines Anteils zugunsten eines, mehrerer oder aller Gesellschafter führen kann, ist, wie immer man den Inhalt eines solchen Vertrages bezeichnet,¹⁾ nicht Gegenstand der gesetzlichen Regelung der Anwachsung in § 738, I 1. Denn entgegen der von Flume vertretenen Ansicht hätte der Gesetzgeber ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, diesen Vorgang einer rechtsgeschäftlichen Verfügung auch in Unkenntnis des Begriffs der Mitgliedschaft im Wortlaut dieser Vorschrift anklingen zu lassen.

Im übrigen bedarf die von Flume aufgestellte These, die Anwachsung sei dogmatisch nur als Übertragung der Mitgliedschaft einzuordnen, noch unter einem weiteren Gesichtspunkt der Überprüfung. Diese Auffassung setzt selbstverständlich voraus, daß das Mitgliedschaftsrecht erhalten bleibt und in seinem Bestand unangetastet auf den oder die Nachfolger übergehen kann, so daß dieser oder diese dieselbe und nicht nur die gleiche Rechtsstellung wie der Aus-

1) Hueck § 27 II 6, S. 400, sieht hierin eine Übertragung eines Geschäftsanteils; Wiedemann, S. 310, bezeichnet diesen Vorgang als Änderung eines Rechts und insoweit als Verfügung über dieses. Westermann, Handbuch, Rdz. 394 betrachtet diesen Vorgang als Änderung der Rechtsbeziehung innerhalb der Gesellschaft.

scheidende erhalten. Eine Auflösung der Mitgliedschaft ist mit einer solchen Ansicht unvereinbar.

Mißt man diesen Grundsatz an den Ausführungen Flumes¹⁾ zum Inhalt der sog. Eintrittsklausel, durch die im Falle des Todes eines Gesellschafters seinem Erben oder einem beliebigen Dritten das Recht zum Eintritt in die Gesellschaft eingeräumt wird,²⁾ stellt man allerdings fest, daß er ihn nicht konsequent für alle Ausscheidensfälle aufrechterhält.

Flume³⁾ verneint bei Vereinbarung einer solchen Klausel die Fortexistenz der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters. Deutlich wird dies dort, wo Flume die Ansicht Wiedemanns,⁴⁾ die Mitgesellschafter halten die Mitgliedschaft des Verstorbenen treuhänderisch bis zum endgültigen Eintritt des Begünstigten, ausdrücklich mit dem Hinweis auf den Untergang der Mitgliedschaft ablehnt.

Flume ist der zutreffenden Ansicht, daß den verbleibenden Gesellschaftern der Anteil des Ausgeschiedenen anwächst und die Gesellschaft nur unter diesen bis zum Eintritt des Begünstigten fortbesteht.⁵⁾

Diese Ausführungen Flumes lassen sich nicht in Einklang bringen mit der Auffassung, die er grundsätzlich von dem Vorgang der Anwachsung vertritt.

1) Flume, Personengesellschaft, S. 391 ff..

2) Vgl. Hueck § 28 II 1 a, S. 406 ff.; Stötter DB 1970, 525 f.; Wiedemann, S. 163 ff..

3) Flume, Personengesellschaft, S. 394.

4) Wiedemann, S. 175.

5) Vgl. im einzelnen die Ausführungen auf S. 99 f.

cc) Stellungnahme

Im Zusammenhang mit dem Prinzip der Anwachsung stellen sich zwei Fragen.

Zum einen ist unklar, was der Gesetzgeber in § 738, I 1 unter dem "Anteil am Gesellschaftsvermögen" versteht. Ist hierunter die gesamthänderische Mitberechtigung an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, die Beteiligung am Reinvermögen der Gesellschaft oder, so offensichtlich die Auffassung von Flume, die Mitgliedschaft insgesamt zu verstehen?

Weiterhin ist fraglich, ob das Prinzip der Anwachsung eine Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen aufgrund vertraglicher bzw. gesetzlicher Anordnung bedeutet,¹⁾ oder ob infolge des Austritts der Anteil des Ausscheidenden liquidiert wird.

Es wurde bereits festgestellt, daß sich das Reinvermögen aus der Summe des Aktivvermögens, also der Gesamtheit der beweglichen und unbeweglichen Betriebsmittel, Forderungen und sonstigen Rechte der Gesellschaft, abzüglich der Schulden errechnet.²⁾ Würde man daher den Anteil am Gesellschaftsvermögen i.S.d. § 738, I 1 auf das Reinvermögen und damit, wegen der Saldierung von Aktiva und Passiva,³⁾ auch auf die Schulden der Gesellschaft beziehen, müßte mit dem Verlust der Mitgliedschaft auch die Haftung des Ausscheidenden für die Gesellschaftsschulden erlöschen.

1) Über diese Frage streiten Flume, Personengesellschaft, S. 176 f. und Heckelmann, S. 11.

2) Vgl. S. 57.

3) Vgl. S. 58.

Aus § 159 HGB, der die Verjährung der gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter weiterbestehenden Verbindlichkeiten regelt, ergibt sich aber, daß die Gesellschaftsschulden den Vorgang der Anwachsung nicht mitmachen.¹⁾ Auch nach dem Austritt haftet der Ausgeschiedene für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten in den Grenzen des § 159 HGB. Den übrigen Gesellschaftern kann daher nur der Anteil am Aktivvermögen, d.h. der Anteil an der Gesamtheit der dinglichen Mitberechtigungen anwachsen.²⁾

Eine Übertragung dieser Berechtigung auf die übrigen Gesellschafter qua Anwachsung scheidet von vornherein aus. Sie wäre auch vollkommen sinnlos, da die verbleibenden Gesellschafter ohnehin schon "auf das Ganze" berechtigt sind.³⁾ Diese ungeteilte Berechtigung folgt aus dem Gesamthandsprinzip, wonach jeder Gesellschafter an jedem einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand unmittelbar vollberechtigt ist, beschränkt nur durch die ebenfalls sich auf den ganzen Gegenstand erstreckende Mitberechtigung der übrigen Gesellschafter. Eine Aufteilung nach bestimmten Quoten, die eine Übertragung solcher Quoten ermöglichen würde, findet nicht statt.

Der Vorgang der Anwachsung bedeutet also lediglich, daß

1) Vgl. Huber, S. 142.

2) Dies ist auch die Auffassung der Rechtsprechung und der Literatur; dies wird zwar nicht immer ausdrücklich ausgeführt, ergibt sich aber regelmäßig aus der Bezugnahme auf das dingliche Gesamthandseigentum, vgl. RGZ 136, 97 (99); BGHZ 32, 307 (315); 50, 307 (308); BGB-RGRK § 738, Rdn. 1; Esser II § 96 I 1 und 2, S. 292; Hueck § 27 I 2 a, b, S. 392 f..

3) Riegger, S. 14; so im Ergebnis auch die in Fn. 2 genannten.

die gesamthänderische Berechtigung der übrigen Gesellschafter insoweit eine Erweiterung erfährt, als "die in der Mitberechtigung des ausscheidenden Gesellschafters begründete Beschränkung ihrer eigenen Berechtigung in Wegfall kommt."¹⁾

Nach dem oben Gesagten findet die von Flume vertretene Auffassung, wonach die Anwachsung die Übertragung der Mitgliedschaft insgesamt beinhaltet, in § 738, I 1 keine Stütze.

Die Möglichkeit eines kraft Gesetzes erfolgenden Übergangs der Mitgliedschaft insgesamt, d.h. die mitgliedschaftliche Stellung unter Einschluß der Gesamthandsberechtigung, scheidet demnach aus.

Zu prüfen bleibt die Übertragung bestimmter einzelner Mitgliedschaftsrechte. Denn zweifellos erfahren die Gewinnbeteiligung und der Anteil am Liquidationserlös der verbleibenden Gesellschafter durch das Ausscheiden anteilig entsprechend den Beteiligungsverhältnissen eine Erhöhung. Möglicherweise stellt die Abfindungsvereinbarung ein Rechtsgeschäft dar, das auf die Übertragung dieser Mitgliedschaftsrechte gerichtet ist.

Es wurde aber bereits festgestellt, daß sich der Parteiwille bei der Vereinbarung einer Abfindungsklausel ausschließlich auf die Regelung der Höhe des Abfindungsanspruchs bezieht.²⁾

Für die Ablehnung einer rechtsgeschäftlichen Übertragung

1) Riegger, S. 14 m.w.N.

2) Diese Auffassung teilen wohl auch Schilling-Zutt in Hachenburg § 15, Anm. 22; sie lehnen eine durch das Ausscheiden aus einer Personengesellschaft erfolgende Veräußerung eines der Gesellschaft gehörenden GmbH-Geschäftsanteils mit dem Hinweis auf die Anwachsung ab, ohne überhaupt die Existenz oder den Inhalt etwaiger auf das Ausscheiden bezogener schuldrechtlicher Vereinbarungen zu untersuchen; vgl. S. 80.

spricht aber noch eine weitere Überlegung. Ein Indiz für eine als Folge des Ausscheidens stattfindende rechtsgeschäftliche Übertragung des Geschäftsanteils wäre ein synallagmatisches Verhältnis zwischen dem zugunsten der übrigen Gesellschafter stattfindenden Zuwachs der mitgliedschaftlichen Stellung und dem Abfindungsanspruch des Ausscheidenden.¹⁾

Zwar liegt ein solches Verhältnis nur bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft vor. Die Frage der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit soll aber in diesem Zusammenhang, in dem es darum geht, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Übertragung von Mitgliedschaftsrechten vorliegt, außer Betracht bleiben.

Bei Zugrundelegung einer solchen Gegenseitigkeitsbeziehung käme als versprochene Leistung des Ausscheidenden eine Übertragung der erwähnten Mitgliedschaftsrechte in Betracht.²⁾ Ein synallagmatisches Verhältnis zwischen dem Zuwachs der Geschäftsanteile und dem Abfindungsanspruch des Ausscheidenden bejahen offenbar das RG³⁾ und Kessler.⁴⁾

Kessler nimmt, insoweit konsequent, einen rechtsgeschäftlichen Übergang der Beteiligung auf die übrigen Gesellschafter an.

1) Die konditionale und kausale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung können in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben, da ihre Voraussetzungen im Zusammenhang mit Abfindungsvereinbarungen kaum vorliegen werden, vgl. hierzu im einzelnen BGHZ 5, 302 ff..

2) Zum synallagmatischen Vertrag vgl. im einzelnen Esser I, § 16 I, S. 103.

3) RGZ 122, 149 (150).

4) Staudinger-Kessler § 738, Anm. 4; Riegger, S. 89, ist allerdings der Auffassung, daß man die Verwendung der Begriffe Leistung und Gegenleistung im wirtschaftlichen und nicht im juristisch-technischen Sinne verstehen kann und pflichtet den Ausführungen mit dieser Einschränkung bei.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Die mit dem Ausscheiden aus einer Personengesellschaft verbundenen Vermögensverschiebungen beruhen nicht auf einem synallagmatischen Verhältnis i.S. einer finalen Gegenseitigkeitsbindung. Weder sind die verbleibenden Gesellschafter zur Zahlung der Abfindung verpflichtet, "weil und damit" der Zuwachs bei ihren Geschäftsanteilen eintritt, noch tritt dieser ein, "weil und damit" der Abfindungsanspruch entsteht.¹⁾

Ebensowenig liegt ein funktionelles Synallagma vor; Störungen in der Erfüllung des Abfindungsanspruchs lassen den Zuwachs bei den verbleibenden Gesellschaftern unberührt. Der Grund hierfür liegt darin, daß dieser Zuwachs die zwingende Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters ist. Nur ein Mitglied des Personenverbandes kann nämlich an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt sein. Dies ist eine Folge des gesellschaftsrechtlichen, "verbandsrechtlichen" Charakters der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen.²⁾ Scheidet also jemand aus der Gesellschaft aus, erfahren damit "automatisch" die Geschäftsanteile der anderen Gesellschafter einen Zuwachs. Aus dem Verhältnis zwischen der Beteiligung des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen und dem Abfindungsanspruch ergeben sich daher keine Anhaltspunkte für eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Geschäftsanteils eines ausscheidenden Gesellschafters.

Aber auch eine auf Gesetz beruhende Übertragung von Geschäftsanteilen im Wege der in § 738, I 1 geregelten An-

1) So im Ergebnis Riegger, S. 90.

2) Vgl. S. 63; so a. Huber, S. 162.

wachung kommt nicht in Betracht. Dies folgt aus dem Umstand, daß das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft eine Teilliquidation darstellt.¹⁾ Zweck einer Liquidation aber ist die Lösung der Beteiligten und insbesondere des Vermögens aus der gesellschaftsrechtlichen Gebundenheit.²⁾ Diese vollzieht sich im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters dadurch, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen aus der mitgliederschaftlichen Bindung herausgelöst wird und sich in einem dem Ausgeschiedenen zur freien Verfügung stehenden Abfindungsanspruch fortsetzt.³⁾ Das Verhältnis zwischen der vermögensrechtlichen Beteiligung und dem Abfindungsanspruch ist also das eines Vermögensrechtes zu seinem Surrogat. Die während der Mitgliedschaft bestehende Teilhabe der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen in Form der Gewinn-

1) Vgl. Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 31; Westermann, Handbuch, Rdz. 426.

2) Vgl. Würdinger § 29 I, S. 141.

3) So im Ergebnis a. Goroncy, S. 121; Rokas, S. 26; Siebert, S. 7 f.; Hueck § 29 II 2, S. 447 f. ist dagegen der Ansicht, daß sich lediglich der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben in den Abfindungsanspruch verwandelt, während der Gewinnanteil ebenso auf die übrigen Gesellschafter übergeht wie die dingliche Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens. Gleichzeitig aber stellt Hueck zutreffend fest, daß eine wirkliche Rechtsnachfolge in den Anteil des Ausgeschiedenen nicht vorliegt, da es sich hier nicht um eine Mitberechtigung nach Bruchteilen handelt. Die Stellungnahme zum Gewinnanteil ist daher ebenfalls in dem Sinne zu interpretieren, daß ein Zuwachs der Gewinnanteile zugunsten der verbleibenden Gesellschafter dadurch stattfindet, daß der "Kreis der Mitberechtigten kleiner und somit die sich aus der Konkurrenz der Mitberechtigten ergebende Beschränkung geringer wird" - so die Formulierung Huecks, a.a.O., zur dinglichen Mitberechtigung.

beteiligung und des Liquidationsanteils verändert ihre Rechtsnatur durch Umwandlung in einen schuldrechtlichen Anspruch.

Diese Umwandlung tritt als Rechtsfolge des Vorliegens eines neuen Tatbestandselements ein, dem Ausscheiden eines Gesellschafters (vgl. § 738, I).¹⁾ Der Abfindungsanspruch läßt sich daher am ehesten als Surrogationsanspruch bezeichnen.²⁾

Während allgemein das Prinzip der Surrogation dazu dient, einen Gegenstand, der anstelle eines ausscheidenden Bestandteils eines Sonderguts, z.B. des Gesellschaftsvermögens, tritt, diesem Sondergut zuzuordnen,³⁾ bezweckt der Abfindungsanspruch umgekehrt den Ausgleich für den Verlust der dem einzelnen Gesellschafter zugewiesenen Beteiligung, die ihm als Folge des Ausscheidens verlorengeht.

Auch eine Betrachtung der mit einer Eintrittsklausel verbundenen Folgen für den Geschäftsanteil des verstorbenen Gesellschafters, deren Einordnung Flume angesichts seiner Auffassung von den Wirkungen der Anwachsung so viel Schwierigkeiten bereitet,⁴⁾ zeigt, daß die Ansicht von der Auflösung des Geschäftsanteils und seiner Umwandlung in einen schuldrechtlichen Anspruch zu einem sachgerechten Ergebnis führt.

1) Rokas, S. 26.

2) Riegger, S. 89, stellt zutreffend fest, daß der Abfindungsanspruch weder ein Bereicherungs- noch ein Schadensersatzanspruch ist; im Ergebnis bezeichnet Riegger ihn als "schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch eigener Art."

3) So v. Tuhr I § 19, IV, S. 334 f..

4) Vgl. S. 91.

Die besondere Problematik dieser Klausel besteht in der Frage, welche rechtliche Konstruktion eine Begründung des Übergangs der Vermögensbeteiligung des verstorbenen Gesellschafters auf den Neueintretenden ermöglicht.¹⁾ Der Zweck der Eintrittsklausel soll nämlich nach übereinstimmender Meinung²⁾ darin bestehen, daß der Eintretende dieselbe vermögensrechtliche Stellung erhält, die der verstorbene Gesellschafter besaß, ohne daß er dafür einen entsprechenden Gegenwert aufbringen muß. Eine Zuwendung dieser Rechtsstellung über die Mitgliedschaft bzw. die Beteiligung als Zuwendungsgegenstand scheidet von vornherein aus, da sie durch den Tod aufgelöst ist.³⁾ Eine erbrechtliche Zuwendung kann daher nur über den Abfindungsanspruch erfolgen, den der Eintretende durch Vermächtnis oder Erbeinsetzung erhält.⁴⁾

Die Einsetzung des Eintrittsberechtigten in die frühere Stellung des Erblassers erfolgt in der Weise, daß die hierfür bestehende Einlageverpflichtung des Eintretenden mit dem ihm zustehenden Abfindungsanspruch verrechnet wird. Die gesellschaftsrechtliche Position des Erblassers geht auf diesem Wege ohne eine entsprechende Vermögensminderung in der Person des Eintrittsberechtigten auf den Begünstigten

-
- 1) Die Möglichkeit einer Zuwendung unter Einschaltung der Mitgesellschafter, also im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter, wobei die verbleibenden Gesellschafter als Treuhänder die Beteiligung halten, soll hierbei außer Betracht bleiben, vgl. im einzelnen Ulmer ZGR 1972, 195 (200 f.).
 - 2) Flume, Personengesellschaft, S. 393; Ulmer, a.a.O., S. 219; Westermann, Handbuch, Rdz. 555.
 - 3) Hierüber besteht Einigkeit, vgl. Ulmer, a.a.O., Westermann, a.a.O.; auch Flume, Personengesellschaft, S. 394, stimmt dem zu, gerät hierbei aber in Widerspruch zu seiner Ansicht von dem Vorgang der Anwachsung, vgl. S.91.
 - 4) Vgl. BGH NJW 1978, 264 (265).

über.

Diese Übertragungsform ist ohne weiteres einleuchtend, soweit die Einlageverpflichtung des Eintretenden, d.h. der Wert des Gesellschaftsanteils des Erblassers, und die Höhe des Abfindungsanspruchs wertmäßig übereinstimmen.

Aber auch in dem Fall, daß der Abfindungsanspruch als Folge einer Abfindungsvereinbarung einen gegenüber der Vermögensbeteiligung wesentlich geringeren Wert hat, gilt nichts anderes.

Es soll der Eintrittsberechtigte auch in diesem Fall ohne Vermögensaufwendungen die Position des Erblassers in der Gesellschaft erlangen. Nach dem Sinn der von den Beteiligten erstrebten Gestaltung kann daher die Einlageforderung nicht über die Höhe des Abfindungsanspruchs hinausgehen.¹⁾

Auch in diesem Fall erfolgt somit eine Verrechnung der Einlageverpflichtung mit der Abfindungsforderung in Höhe der Abfindungsforderung, als deren Ergebnis der Eintrittsberechtigte die gesellschaftsrechtliche Stellung des Erblassers erlangt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß eine Interpretation der Anwachsung als Übertragung bestimmter einzelner Mitgliedschaftsrechte ausscheidet. Der Wertzuwachs zugunsten der Vermögensanteile der übrigen Gesellschafter ist nur eine Folge des Umstandes, daß die Beschränkung ihrer Anteile durch die Beteiligung des Ausscheidenden nach Liquidierung der Anteile als Folge des Ausscheidens weggefallen ist.²⁾ Die von Flume

1) Vgl. Ulmer, a.a.O., S. 219

2) Es ist daher Schmidt FamRZ 1974, 518 (519, Fn. 16) zuzustimmen, daß die im Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters entstehenden Probleme durch § 738, I hinreichend ohne die gekünstelte Annahme einer Anteilsübertragung gelöst werden.

vertretene Auffassung zur Wirkung der Anwachsung ist daher insgesamt, d.h. sowohl bezogen auf die Gesamthandsberechtigung als auch bezogen auf die Gewinn- bzw. Liquidationsanteile, abzulehnen.

Damit ist auch die hieraus von Flume gezogene Schlußfolgerung, daß Abfindungsvereinbarungen die Bedingungen regeln, zu denen die Mitgliedschaft auf die verbleibenden Gesellschafter übergeht, nicht haltbar.

Die Vertreter der Meinung, die Abfindungsvereinbarungen als entgeltliche, aleatorische Verträge bezeichnet,¹⁾ gehen ebenfalls davon aus, daß die Abfindungsvereinbarung ein Rechtsgeschäft darstellt, das auf die Übertragung der Beteiligung des ausscheidenden Gesellschafters auf die verbleibenden Gesellschafter gerichtet ist. Die Bedenken, die, wie oben erwähnt, gegen diese Auffassung bestehen, werden gar nicht erst aufgeworfen.

Es soll daher im folgenden untersucht werden, ob eine Gleichbehandlung beider Vorgänge möglicherweise gerechtfertigt ist.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß das wirtschaftliche Ergebnis des Anwachsungsvorganges einer Übertragung der Geschäftsanteile des Ausscheidenden auf die verbleibenden Gesellschafter entspricht. Zwar wird das Mitgliedschaftsrecht des Ausscheidenden aufgelöst, die in ihm enthaltenen Herrschaftsrechte und Vermögenswerte aber kommen in der Form der Stimmrechte und der Gewinn- bzw. Liquidationsanteile den verbleibenden Gesellschaftern zugute.

1. Vgl. S. 35, Fn. 1

Es ist daher die Frage zu erörtern, ob die mit einer Übertragung vergleichbaren mittelbaren Auswirkungen der Anwachsung in bezug auf die rechtsgeschäftliche Beurteilung der zugrunde liegenden Vereinbarungen eine Gleichbehandlung mit einer rechtsgeschäftlichen Übertragung zulassen.

Eine solche Gleichbehandlung wäre einerseits als Ergebnis einer Auslegung der Abfindungsvereinbarung geboten, wenn sich herausstellt, daß die Gesellschafter mit dieser Vereinbarung regelmäßig eine Übertragung von Geschäftsanteilen bezwecken.¹⁾

Andererseits wäre eine Übernahme der Rechtsfolgen eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Zuwendungsgeschäftes geboten, wenn sich aufgrund eines Vergleichs der zugrundeliegenden Interessen und dieser Rechtsfolgen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der entsprechenden Vorschriften ergeben würden.²⁾

Bei der Frage, ob die Gesellschafter mit der Abfindungsklausel eine Übertragung von Geschäftsanteilen bezwecken, bietet sich ein Vergleich mit der gleichliegenden Problematik der rechtsgeschäftlichen Beurteilung der in einen GmbH-Vertrag aufgenommenen Einziehung des Geschäftsanteils an. Auch bezüglich dieser Klausel wird ein heftiger Streit darüber geführt, ob sie als rechtsgeschäftliche Übertragung zu bewerten ist.³⁾

1) Vgl. zur ergänzenden Vertragsauslegung u.a. Larenz, A.T., S. 497 ff..

Bei positivem Ergebnis wäre weiterhin zu untersuchen, in welcher Rechtsform die Gemeinschaft der verbleibenden Gesellschafter die Anteile des Ausscheidenden erwerben könnten, vgl. hierzu Heckelmann, S. 61.

2) Diese Frage ist Gegenstand eines besonderen Gliederungspunkts, vgl. 2. Teil, B, V.

3) Vgl. Hachenburg-Ulmer, Anh. zu § 34, Anm. 40.

Wegen der Auflösung des Anteils des Ausscheidenden als Folge der Einziehung vollzieht sich auch bei der GmbH der Zuwachs zugunsten der übrigen Gesellschafter nur mittelbar.¹⁾

Im Unterschied zur Abfindungsvereinbarung sprechen jedoch bezüglich der Einziehungsermächtigung gute Gründe für eine Gleichstellung dieser Form der Bereicherung der verbleibenden Gesellschafter mit einer Übertragung des Geschäftsanteils. Mit der Einziehungsklausel bezwecken nämlich die Gesellschafter einer GmbH eine Regelung der Rechtsverhältnisse an den Geschäftsanteilen für die Zeit nach dem Tod eines Mitglieds.²⁾ Diese Vertragsklausel bezieht sich unmittelbar auf die Beteiligung des Ausscheidenden. Sie sorgt dafür, daß der GmbH-Anteil des Erblassers entgegen § 15, I GmbHG am Nachlaß vorbeigesteuert und den übrigen Gesellschaftern in der dargestellten mittelbaren Form zugewendet wird.

Der Regelungsinhalt von Abfindungsvereinbarungen ist dagegen nicht auf die Rechtsverhältnisse an den Geschäftsanteilen gerichtet. Eine diesbezügliche Regelung ist auch weder aus der Sicht der verbleibenden Gesellschafter noch aus der Sicht des Ausscheidenden erforderlich. Dies gilt sowohl für das Ausscheiden unter Lebenden als auch für das Ausscheiden nach dem Tode eines Gesellschafters. Im Interesse der übrigen Gesellschafter ist in der Regel lediglich eine Vereinbarung über das Fortbestehen der Gesell-

1) Finger GmbH-Rdsch. 1975, 97 (98); Sudhoff, GmbH, S. 390 f.

2) Käßler ZGR 1978, 542 (550).

schaft, die auch nachträglich unter den die Gesellschaft fortführenden Gesellschaftern noch geschlossen werden kann, empfehlenswert. Eine unerwünschte Nachfolge, die häufig das Motiv für die Aufnahme einer Einziehungsklausel in den Gesellschaftsvertrag einer GmbH ist, kann dagegen bei einer Personenhandelsgesellschaft nicht als Folge des Ausscheidens nach dem Tode eines Gesellschafters eintreten. Der Grund hierfür liegt darin, daß das Gesetz selbst eine solche Konsequenz ausschließt, indem es in § 738, I 1 festlegt, daß in allen Ausscheidensfällen die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortbesteht, indem diesen der Anteil des Ausscheidenden anwächst. Für diese Gesellschaftsform ist also umgekehrt eine besondere Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, wenn der Geschäftsanteil eines Gesellschafters im Falle seines Todes einem bestimmten Erben zukommen soll. Ein Abfindungsanspruch nach § 738, I 2 entsteht in diesem Fall für diesen Erben nicht,¹⁾ so daß sich auf diesen Ausscheidensvorgang auch eine eventuell in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene Abfindungsklausel nicht beziehen kann.

Hieraus folgt, daß bei Personengesellschaften auch insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Entstehens von Abfindungsansprüchen zwischen einer Übertragung von Geschäftsanteilen und ihrer Auflösung unterschieden werden muß. Schon aus diesem Grunde verbietet sich bei dieser Gesellschaftsform eine Gleichbehandlung beider Vorgänge. Dieses

1) Eine andere Frage ist es, ob in diesem Fall ein Abfindungsanspruch zugunsten der weichen Erben entsteht und auf welcher Anspruchsgrundlage dieser Anspruch besteht.

Ergebnis wird durch den Vergleich der unterschiedlichen Regelungsinhalte von Einziehung- und Abfindungsklauseln bestätigt. Gegenstand gesellschaftsvertraglicher Abfindungsvereinbarungen ist ausschließlich die Bestimmung der Höhe des beim Ausscheiden entstehenden Abfindungsanspruchs. Im Gegensatz zu den Einziehungsklauseln wird hiermit eine Regelung der Rechtsbeziehungen an den Geschäftsanteilen nicht bezweckt.¹⁾

Insgesamt scheidet damit auch der Geschäftsanteil als Zuwendungsgegenstand von Abfindungsklauseln aus.

Zur Klarstellung sei folgendes gesagt.

Das bisherige Ergebnis spricht keineswegs gegen die heute überwiegend vertretene Auffassung,²⁾ die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft könne insgesamt oder auch in Form beschränkter Anteile auf einen außenstehenden Dritten bzw. auf bestimmte Mitgesellschafter rechtsgeschäftlich übertragen werden. Eine solche Verfügung ist allerdings streng von dem in § 738, I geregelten Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters zu trennen.

Hieraus folgt eine wichtige Unterscheidung zweier schuldrechtlicher Vereinbarungen. Ist die Übertragung von Geschäftsanteilen auf einen außenstehenden Dritten bzw. einen, mehrere oder alle Mitgesellschafter vorgesehen,³⁾ so beruht

1) So im Ergebnis auch Käßler ZGR 1978, 542 (551); a.A. Finger GmbH-Rdsch. 1975, 97 (98), allerdings ohne nähere Begründung.

2) Vgl. Hueck § 27 II 3, S. 397 m.w.N.

3) Bei einer Übertragung von Geschäftsanteilen auf mehrere oder alle Mitgesellschafter findet eine Quotelung des vor der Übertragung in einer Hand befindlichen Anteils statt. Jeder einzelne Gesellschafter erwirbt hierbei einen bestimmten Anteil. Das Problem, in welcher Rechtsform die Gesamtheit der Gesellschafter Anteile erwirbt (vgl. S. 102, Fn. 1), entsteht nicht.

eine solche Verfügung zweifellos auf einem Verpflichtungsgeschäft, das entweder entgeltlichen oder unentgeltlichen Charakter haben kann. Bei einem zugrundeliegenden entgeltlichen Vertrag besteht die vereinbarte Gegenleistung aber nicht in der Abfindungsforderung, die Gegenstand der gesetzlichen Bestimmung des § 738, I 2 oder einer gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel ist. Als Entgelt wird vielmehr ein bestimmter Kaufpreis vereinbart. Ein Abfindungsanspruch entsteht nicht, da der Fall des § 738, I 1 nicht vorliegt. Andernfalls würde sich der Abfindungsanspruch möglicherweise verdoppeln. Er entstünde in der Person des Übertragenden und später unter Umständen auch zugunsten des neuen Gesellschafters, sobald dieser seinerseits zu einem späteren Termin ausscheiden sollte.

d) Der nach § 738, I 2 bestehende Abfindungsanspruch
als Zuwendungsgegenstand

Nach den bisher gemachten Feststellungen beschränkt sich der Regelungsinhalt von Abfindungsklauseln auf die Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs. Daher liegt es nahe, den in der Beschränkung des Abfindungsanspruchs liegenden Vermögensvorteil als Zuwendungsgegenstand zu betrachten. Die Zuwendung läge in dem Erlaß der Differenz zwischen dem nach § 738, I 2 und dem nach dem Buchwert berechneten Abfindungsanspruch.

aa) Die Überwiegende Meinung der Literatur

Der überwiegende Teil der Literatur¹⁾ lehnt es ab, Abfindungsklauseln als Kausalvereinbarung einer Verfügung zu betrachten, die den teilweisen Erlaß des nach § 738, I 2 auf Ersatz des wahren Wertes der Beteiligung gerichteten Abfindungsanspruchs beinhaltet.

Dies ist ohne weiteres einleuchtend, soweit gleichzeitig mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Abfindungsvereinbarung getroffen wurde. In diesem Fall ist ein Abfindungsanspruch in der nach § 738, I 2 bestimmten Höhe als möglicher Gegenstand eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrages nie entstanden.

Etwas anderes müßte dann gelten, wenn die Vereinbarung der Abfindungsklausel zeitlich dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages nachfolgt, soweit man den Entstehungszeitpunkt des Abfindungsanspruchs mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages gleichstellt.²⁾ In diesem Fall könnte der bis zur Vereinbarung der Abfindungsklausel gesetzlich bestimmte Abfindungsanspruch Zuwendungsgegenstand eines entgelt-

1) Goroncy, S. 126 ff.; Rittner FamRZ 1961, 505 (509); Schlegelberger-Geßler § 138, 27; Schwandt, S. 24 f.; Ziegler, S. 93 f., 97.

2) So ausdrücklich für den Abfindungsanspruch Heckelmann, S. 26 und Nitschke, S. 346, Fn. 46. Staudinger-Keßler § 717, Anm. 18 und Palandt-Thomas § 717, Anm. 2 c erwähnen in diesem Zusammenhang nur den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, weisen im übrigen allerdings auf die Parallelen zum Abfindungsanspruch hin.

lichen oder unentgeltlichen Vertrages sein.¹⁾

Heckelmann²⁾ lehnt dieses Ergebnis mit dem Hinweis darauf ab, daß es dann in der Hand der Gesellschafter läge, die Rechtsnatur der Abfindungsvereinbarung zu bestimmen. So könnten z.B. die Gesellschafter durch die sofortige Aufnahme einer Abfindungsklausel in den Gesellschaftsvertrag den Privatgläubigern eines Gesellschafters die Möglichkeit nehmen, im Wege der Schenkungsanfechtung nach §§ 32 Nr. 1 KO, 3 I Nr. 3 AnfG gegen die Abfindungsbeschränkung vorzugehen und so den vollen Wert der Beteiligung zu realisieren. Damit scheidet nach Auffassung Heckelmanns auch bei nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Abfindungsklauseln der nach § 738, I 2 an sich bestehende Abfindungsanspruch bzw. ein Teil desselben als Zuwendungsgegenstand aus. Eine direkt Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften scheidet aus.³⁾

1) Ziegler, S. 139, weist zwar auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen hin, die sich aus einer ursprünglich oder nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Abfindungsklausel ergeben können. Im Ergebnis lehnt Ziegler allerdings eine Zuwendung mit dem Hinweis auf den mitgliedschaftsrechtlichen Charakter der Abfindungsvereinbarungen ab.

2) Heckelmann, S. 48.

3) Damit ist für Heckelmann der Weg frei für die Untersuchung einer analogen Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften. Im Ergebnis bejaht Heckelmann eine Gesetzeslücke und eine Interessenlage der Beteiligten, die die Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften geboten sein läßt; hierauf wird in einem späteren Kapitel noch näher eingegangen, vgl. S. 157 ff.

bb) Stellungnahme

Hier wird bei der Begründung offensichtlich vom Ergebnis her argumentiert. Es läßt sich aber in der Tat dogmatisch kaum begründen, weshalb bei einer nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Abfindungsklausel nicht der bis zu diesem Zeitpunkt bestehende gesetzlich fixierte Abfindungsanspruch vollständig oder teilweise erlassen wird. Diese Begründungsschwierigkeiten entstehen, zumindest die Anwendbarkeit schenkungsrechtlicher Vorschriften betreffend, aber nur dann, wenn man den Entstehungszeitpunkt des Abfindungsanspruchs auf den Abschluß des Gesellschaftsvertrages vorverlagert. Geht man demgegenüber von einem im Zeitpunkt des Austritts entstehenden Abfindungsanspruch aus, ergibt sich das gleiche Ergebnis aus zwingenden Gründen. Unentgeltliche Verfügungen bzw. Schenkungen als Voraussetzung der §§ 32 KO; 3, I Nr. 3 AnfG, 1375, II Nr. 1, 2325, I liegen nämlich bei einem Erlaß einer zukünftigen Forderung oder eines Teils einer solchen nicht vor. Für die ausdrücklich eine Schenkung voraussetzende Vorschrift des § 2325, I folgt dies aus der Legaldefinition des § 516, I, wonach die Zuwendung "aus dem Vermögen" erfolgen muß, und nochmals aus § 517.¹⁾ Für die in § 1375, II Nr. 1 vorausgesetzte "unentgeltliche Zuwendung" und das Merkmal der "unentgeltlichen Verfügung" in den schenkungsrechtlichen Anfechtungstatbeständen aber gilt dasselbe. Zwar wird insbesondere der Begriff

1) Vgl. Erman-Böhle § 516, Anm. 3; Soergel-Ballerstedt § 516, Anm. 29 und § 517, Anm. 1; Staudinger-Reuss § 517, Rdnr. 1.

der Verfügung in den §§ 32 KO, 3 I Nr. 3 AnfG in einem weiteren Sinne verstanden als das Merkmal der Zuwendung in § 516.¹⁾ Der Erlaß zukünftiger Forderungen ist aber auch aus diesem weiten Zuwendungsbegriff auszuschneiden. Es ist nicht davon auszugehen, daß der Gesetzgeber den Gläubigerschutz bzw. den Schutz der Ehefrau vor freigiebigen Zuwendungen im Gegensatz zum Schutz der Pflichtteilsberechtigten auch auf den Erlaß zukünftiger Forderungen ausdehnen wollte. Der Erlaß zukünftiger Forderungen ist vielmehr einem unterlassenen Vermögenserwerb gleichzustellen, für den wegen mangelnder Konkretisierung eines Vermögensverlustes eine Benachteiligung des erwähnten Personenkreises auszuschließen ist.²⁾

Tatsächlich ergibt sich bei näherer Betrachtung auch keine überzeugende Begründung für eine Vorverlagerung des Entstehungszeitpunktes von Abfindungsansprüchen auf den Abschluß des Gesellschaftsvertrages.

Aus § 717, S. 2 folgt dies auch dann nicht, wenn man den Abfindungsanspruch in diese Regelung einbezieht.³⁾ Auch ein künftiger Anspruch ist nämlich übertragbar.⁴⁾ Dies wird auch von solchen Autoren anerkannt, die in dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages den Entstehungszeitpunkt des Abfindungsanspruchs sehen.⁵⁾

1) Vgl. Jaeger-Lent § 32, Anm. 2, der z.B. eine Bereicherung des Zuwendungsempfängers nicht für erforderlich hält.

2) Vgl. a. Mentzel-Kuhn § 32, Anm. 15.

3) Hierin besteht eine der von Palandt-Thomas § 717, Anm. 2 c aufgezeigten Parallelen zwischen dem Auseinandersetzungs- und Abfindungsanspruch.

4) BGH NJW 1965, 2197; Palandt-Heinrichs § 398, Anm. 3 c

5) Vgl. Heckelmann, S. 25 mit überzeugender Begründung.

Aus dem Wesen des Abfindungsanspruchs, der als Surrogat des Geschäftsanteils dem Ausscheidenden Ersatz für den Verlust der Mitgliedschaft bietet, ergibt sich dagegen, daß der Entstehungszeitpunkt mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft zusammenfällt. Zu diesem Zeitpunkt verwandelt sich das in der Gesamthandsgemeinschaft gebundene Vermögensrecht der Mitgliedschaft in einen frei verfügbaren schuldrechtlichen Anspruch als Folge des Eintritts eines Tatbestandsmerkmals, nämlich des Austritts aus der Gesellschaft. Völlig ausgeschlossen ist dagegen das gleichzeitige Bestehen eines Vermögensrechtes und seines Surrogats.

Für dieses Ergebnis spricht noch ein weiterer Grund. Nach Überwiegender Ansicht¹⁾ beseitigt eine Verfügung über das Gesamtrecht, die Mitgliedschaft, entgegenstehende Verfügungen über die einzelnen hieraus entstehenden schuldrechtlichen Ansprüche auf Gewinn, Auseinandersetzungserlös und Abfindung.

Diese Auffassung wird damit begründet, daß dem Zedenten über die erst später voll existent werdenden Rechte keine Verfügungsbefugnis zusteht.²⁾ Zutreffender ist aber die Erwägung, daß in diesen Fällen über zukünftige Ansprüche verfügt wird, die später aufgrund der Übertragung der Mitgliedschaft in der Person des Verfügenden nicht entstehen.

1) Schlegelberger-Geßler § 120, Rdnr. 10; v. Tuhr II 1 § 60 V, S. 392; Wieland, S. 663; a. A. Hueck § 16 V 1 b, S. 233.

2) Vgl. Wiedemann, S. 301, der insoweit v. Tuhr, a.a.O., zustimmt.

M.E. ist daher die oben erwähnte Ansicht¹⁾ über den Entstehungszeitpunkt des Abfindungsanspruchs abzulehnen. Nach dem oben Gesagten entsteht der Anspruch nicht schon mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages, sondern erst mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft.²⁾

Da der Erlaß einer zukünftigen Forderung keine unentgeltliche Zuwendung darstellt,³⁾ scheidet somit auch der Abfindungsanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem wahren Wert und dem Buchwert der Beteiligung als Zuwendungsgegenstand eines unentgeltlichen Vertrages aus.

Nach allgemeiner Auffassung⁴⁾ ist dagegen der entgeltliche Erlaß einer erst zukünftig entstehenden Forderung möglich. Abfindungsvereinbarungen könnten daher als entgeltliche Zuwendung des Differenzbetrages zwischen dem an sich nach § 738, I 2 zu berechnenden und dem nach dem Buchwert des Gesellschaftsanteils zu bemessenen Abfindungsanspruch einzuordnen sein.

1) S. 107, Fn. 2.

2) So im Ergebnis a. Knöchlein DNotZ 1960, 452 (466); Rokas, S. 26; Siebert StbJb 1955/56, 299 (310). Wiedemann, S. 301, allerdings, woraus Heckelmann, S. 25, Fn. 24 zutreffend hinweist, nicht einheitlich, vgl. S. 167.

3) Vgl. S. 109 f.

4) BGHZ 40, 326 (330); BGH BB 1956, 1086, Palandt-Heinrichs § 397, Rdnr. 1 b.

Im Ergebnis würde diese Auffassung der Rechtsprechung und der h.M. in der Literatur entsprechen, die ebenfalls Abfindungsvereinbarungen als entgeltlichen (aleatorischen) Vertrag einordnen.¹⁾ In der Begründung würden sich allerdings insoweit Unterschiede ergeben, als Zuwendungsgegenstand dieses Vertrages nicht der Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern ein bestimmter Teil des nach § 738, I 2 berechneten Abfindungsanspruchs wäre.

Von einem teilweise erfolgenden Erlaß eines zukünftig entstehenden Abfindungsanspruchs läßt sich aber nur unter der Voraussetzung sprechen, daß dem ausscheidenden Gesellschafter "an sich", d.h. ohne die Vereinbarung der Buchwertklausel, ein Abfindungsbetrag als vollwertiges Äquivalent des Anteils am Gesellschaftsvermögen als Vermögensposition zugeordnet ist.

Dieser Ansicht ist offenbar der Teil der Literatur, der in dem Abfindungsanspruch den Zuwendungsgegenstand von Abfindungsvereinbarungen erblickt.²⁾ Heckelmann³⁾ führt hierzu aus, beim Abfindungsanspruch stelle sich die Situation so dar, daß sich die Voraussetzungen seines Erwerbs in der in § 738, I 2 bestimmten Höhe in der Weise verdichtet haben, daß der unmittelbar folgende Erwerb außer Zweifel stehe. Mit der Abfindungsklausel werde deshalb in eine Position eingegriffen, die die Zuordnung des Abfindungserlasses zu einem Vermögensopfer rechtfertige.⁴⁾

1) Vgl. S. 35, Fn. 1.

2) Glunz, S. 203; Hinke, S. 76, Fn. 1; Siebert, S. 10; vgl. a. Erman-Bartholomeyczik, § 1375, Rdnr. 5 a, der von einem Verzicht des Abfindungsanspruchs spricht.

3) Heckelmann, S. 66 f., stützt hierauf seine Ansicht einer analogen Anwendung des Schenkungsrechtes.

4) Heckelmann, S. 67.

Diese Gleichstellung begründet Heckelmann damit, daß § 738, I 2 den Abfindungsanspruch als *naturale negotii* ohne Vorbehalte und unabhängig von besonderen Parteivereinbarungen entstehen läßt.

In der Tat beruht die Anwendung dispositiver Vorschriften, wozu nach einhelliger Auffassung¹⁾ auch die Vorschrift des § 738, I 2 zählt, nicht auf dem Rechtsgeltungswillen der Vertragsparteien; diese gelten vielmehr selbst dann, wenn ein Beteiligter den Rechtssatz nicht kannte.²⁾ Eine solche Einschränkung der Privatautonomie ist deshalb gerechtfertigt, weil das nachgiebige Recht für den Regelfall den sachgerechten Interessenausgleich unter den Parteien herstellt. Grundsätzlich trifft dies für dispositive Vorschriften zu, da sie vom Gesetzgeber entsprechend dem typischen Geschäftszweck so formuliert sind, wie es dem durchschnittlichen Willen der Parteien entspricht.³⁾

Nur soweit dies auch für die Vorschrift des § 738, I 2 gilt, kann man ihr, wie Heckelmann⁴⁾ es tut, einen gewissen Gerechtigkeitsgehalt zusprechen, so daß vertragliche Abweichungen ein Vermögensopfer, insbesondere bei betroffenen Dritten wie Gläubigern, Pflichtteilsberechtigten oder der Ehefrau des Gesellschafters, darstellen.

1) RGZ 122, 149 (150); Esser II § 96 I 2, S. 292; Heckelmann, S. 5; Palandt-Thomas § 738, Anm. 1; Staudinger-Keßler, § 738, Anm. 18.

2) Vgl. v. Tuhr I, S. 26.

3) Flume, Personengesellschaft, S. 171; ähnlich Enneccerus-Nipperdey § 189, II; Larenz I, S. 65; Nastelski DRiZ 1955, 214; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104, Anm. 23.

4) Nach Ansicht von Heckelmann, S. 67, soll der Abfindungsbetrag ein vollwertiges Äquivalent der Beteiligung an der Gesellschaft sein.

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Gesichtspunkte, die grundsätzlich für dispositive Vorschriften bestimmend sind, auch für die Regelung des § 738, I 2 gelten. In diesem Zusammenhang ist die unterschiedliche Funktion dispositiver Vorschriften im Gesellschaftsrecht auf der einen Seite und im sonstigen Vertragsrecht des Besonderen Schuldrechts auf der anderen Seite zu beachten.

Die dispositiven Einzelvorschriften des Besonderen Schuldrechts können als *naturalia negotii* zwar durch entgegengesetzte Parteidisposition aufgehoben werden. Andererseits sind solche vertraglichen Abweichungen, die zur vollständigen Außerkraftsetzung der in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommenden Ordnungsgesichtspunkte führen, unwirksam.¹⁾

Eine solche Abweichung würde zu einem Verstoß gegen den den dispositiven Normen zu entnehmenden Gerechtigkeitsgehalt führen.

Die gesellschaftsrechtlichen Dispositivnormen unterscheiden sich hiervon erheblich.

Auch diese mögen ursprünglich in Übereinstimmung mit bestimmten Wertvorstellungen einen Gerechtigkeitsgehalt aufgewiesen haben. Allerdings haben sich die zugrundeliegenden

1) So hat der BGH mehrfach entschieden, daß AGB unwirksam sind, soweit sie das dem "dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen", so BGHZ 54, 106 (110), bzw. "dem Leitbild des gewählten Vertrages grob zuwiderlaufen", vgl. BGH WM 1978, 408 (410); zur Richtlinien- und Leitbildfunktion des dispositiven Rechts vgl. a. BGHZ 41, 151 (154); 60, 377 (380).

Wertvorstellungen im Bereich des Gesellschaftsrechts entscheidend gewandelt, so daß die Dispositivnormen nicht mehr den geänderten wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht werden. Sie stellen nicht mehr für den Regelfall einen sachgerechten Interessenausgleich her.¹⁾

Diese Besonderheit des dispositiven Gesellschaftsrechts ist der Grund dafür, daß die Gesellschafter weitgehend frei von solchen Ordnungsgesichtspunkten, die durch die Organisationsform "Gesellschaft" bestimmt werden, ihre gesellschaftsvertraglichen Beziehungen regeln können.²⁾

1) BGH LM Nr. 2 zu § 138 HGB; BGH BB 1979, 287; hier hat der BGH die umstrittene Frage des Rangverhältnisses zwischen dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung für den gesellschaftsvertraglichen Bereich entschieden. Da nach Ansicht des BGH die Anwendung dispositiver Vorschriften häufig zu sachwidrigen Ergebnissen führen müsse, sei vorrangig auf den objektivierten Willen der Vertragsparteien abzustellen. Erstaunlich ist es, daß auch Heckelmann, S. 38, der im übrigen die Vorschrift des § 738, I 2 als naturale negotii bezeichnet, der Ansicht ist, daß es sich um eine "wirtschaftlich unbefriedigende Regelung" handle.

2) Dies hat dazu geführt, daß Personengesellschaften aufgrund gesellschaftsvertraglicher Besonderheiten sehr starke körperschaftliche Züge annehmen, während umgekehrt z.B. Gesellschaften mit beschränkter Haftung einen stark personalistischen Einschlag haben können, vgl. hierzu Nitschke, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft. Ein weiteres Beispiel dafür, daß den dispositiven Normen des Gesellschaftsrechts grundsätzlich keine Ordnungsfunktion i.S. des Ausdrucks eines Gerechtigkeitsgehaltes zukommt, an denen die Wirksamkeit vertraglicher Abweichungen zu messen ist, ist die Anerkennung eines Gesellschafters einer OHG ohne Gewinn- und Verlustbeteiligung, vgl. Flume, S. 44; Hueck § 1 I 1 b, S. 4.

Anderenfalls wäre es auch kaum denkbar gewesen, daß eine Materie wie das Gesellschaftsrecht, die in besonderem Maße wechselnden wirtschaftlichen Anforderungen anzupassen ist und dementsprechend auf eine ständige Rechtsfortentwicklung orientiert sein muß, im Bereich des OHG-Rechts seit der Schaffung des HGB nur kosmetische Veränderungen erfahren hat.¹⁾

Noch ein weiterer Gesichtspunkt spricht gegen einen Gerechtigkeitsgehalt gesellschaftsrechtlicher Dispositivnormen.

Die Beziehungen der Gesellschafter untereinander stehen eindeutig unter dem Vorrang vertraglicher Regelungen, während das dispositive Gesellschaftsrecht lediglich im Einzelfall, in dem eine solche Regelung fehlt, ergänzend herangezogen wird. Deutlich wird dies, worauf Flume²⁾ hinweist, in den Formulierungen der Vorschriften der §§ 706 ("in Ermangelung einer anderen Vereinbarung"), 713 ("so weit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt"), 722 ("sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt"), 727 ("sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt") und 731 ("in Ermangelung einer anderen Vereinbarung").

Wenn damit das Gesetz selbst die nur lückenfüllende Funktion dispositiver gesellschaftsvertraglicher Vorschriften betont, kann man ihnen auch keinen allgemeinen Gerechtigkeitsgehalt zusprechen, wie dies sonst für dispositive Vorschriften gilt.

1) Vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 105, Anm. 2.

2) Flume NJW 1979, 902.

Hieraus ergibt sich folgendes. Die dispositive Vorschrift des § 738, I 2 bestimmt nicht als *naturale negotii* die auf den Aktstyp "Gesellschaft" zugeschnittene, in der Regel richtige Form der Auseinandersetzung. Deshalb kann man nicht dieser Vorschrift einen Gerechtigkeitsgehalt entnehmen, der die Annahme eines "an sich" bestehenden Abfindungsanspruchs in der in § 738, I 2 bestehenden Höhe rechtfertigt.

Zu dieser auch vom BGH in der Entscheidung vom 23.11.1978¹⁾ gezogenen Schlußfolgerung steht eine fast gleichzeitig ergangene Entscheidung des BGH²⁾ nur scheinbar im Widerspruch. Zwar hat der BGH hierin eine Abfindungsklausel nach § 138, I für nichtig erklärt, die für den Fall der Ausschließung ohne wichtigen Grund eine im Verhältnis zur dispositiven Vorschrift des § 738, I 2 geringere Buchwertabfindung festlegt. Die Entscheidungsgründe beruhen aber nicht auf der Erwägung, daß eine gesellschaftsvertragliche Abweichung von der nach dem vollen Wert der Beteiligung bemessenen Abfindungszahlung grundsätzlich mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist. Dies wird unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung des Senats ausdrücklich festgestellt.

Der Nichtigkeitserklärung in dem konkreten Fall lag vielmehr die Überlegung zugrunde, daß speziell solche Regelungen, die von § 738, I 2 zum Nachteil der von der Ausschließung ohne wichtigen Grund betroffenen Gesellschafter abweichen, "einen besonderen Anreiz und die Gefahr begründen, daß

1) BGH BB 1979, 287.

2) BGH NJW 1979, 104.

die Mehrheit der Gesellschafter oder die persönlich haftenden Gesellschafter von ihren Ausschließungsrechten aus sachfremden Erwägungen und willkürlich Gebrauch machen."

An dieser Stelle wird deutlich, daß der BGH nicht die Abweichung von der dispositiven Bestimmung des § 738, I 2 für sittenwidrig hält. Entscheidend ist vielmehr die Annahme, daß bei einer Kombination von Buchwertklausel und gesellschaftsvertraglicher Regelung, wonach die Ausschließung ohne wichtigen Grund möglich ist, die Interessen des ausgeschlossenen Gesellschafters besonders schutzwürdig sind.¹⁾

Hierzu in Einklang steht ein Urteil des BGH, in dem er von seiner früheren Rechtsprechung, die Ausschließung ohne wichtigen Grund grundsätzlich für zulässig zu erklären,²⁾ ausdrücklich abgewichen ist.³⁾

Kontrollmaßstab der Buchwertklausel war damit für den BGH nicht die dispositive Bestimmung des § 738, I 2, sondern der Gedanke der rechtlichen Grenzen des gesellschaftsvertraglich vereinbarten Ausschließungsrechtes.

Dieser Ansicht ist offenbar auch Esch⁴⁾ in seiner Stellungnahme zu dem erwähnten Urteil des BGH. Esch⁵⁾ stellt zutreffend fest, daß es nicht die "Bereicherung" ist, die den rechtlichen Kern der Argumentation des BGH ausmacht. Dieser liege vielmehr in dem von dem BGH angenommenen sub-

1) Vgl. insbes. Flume, Personengesellschaft, S. 138 f., der die Möglichkeit eines Ausschließungsbeschlusses ohne wichtigen Grund ablehnt.

2) BGH LM § 140 HGB Nr. 6; BGHZ 31, 295 ff.

3) Vgl. BGHZ 68, 212 ff.

4) Esch NJW 1979, 1390 ff.

5) Esch, a.a.O., 1394.

jektiven Tatbestand bei den ausschließungsberechtigten Gesellschaftern. Der BGH verwirft, so Esch, die zu mißbilligenden subjektiven Beweggründe der das Unternehmen fortführenden Gesellschafter bei der Kündigung. Durchaus folgerichtig lehnt Esch die Begründung des BGH, wonach die Nichtigkeit der Buchwertklausel aus § 138, I folge, ab. Unzulässig sei nämlich, so ja auch der BGH, nicht diese Klausel, sondern die Kündigung selbst mit den auf der Buchwertklausel beruhenden Folgen. Zutreffend nimmt Esch in dem vorliegenden Fall den Einwand unzulässiger Rechtsanwendung zugunsten des gekündigten Gesellschafters an.

Hieraus folgt, daß die Buchwertklausel auch in Verbindung mit einem Ausschließungsrecht nicht von vornherein nach § 138, I unwirksam ist. Solange sich die Gefahr eines Rechtsmißbrauchs noch nicht realisiert hat, sind auch die schutzwürdigen Interessen der Gesellschafter unberührt. Erst im konkreten Fall ist zu prüfen, ob eine Ausschließung im Hinblick auf die "billige" Abfindung erfolgt ist.

Der Hinweis auf den Einwand unzulässiger Rechtsausübung findet zwar in der Begründung des BGH zu dem oben erwähnten Urteil Anklang. Der BGH kommt dann allerdings zu der hiervon abweichenden Rechtsfolge des § 138, I.

Wenn Ulmer¹⁾ demgegenüber der Auffassung ist, daß die Haltung des BGH gegenüber Abfindungsklauseln zunehmend kritischer geworden sei, so kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Zum einen gibt Ulmer zur Stützung seiner These nur die oben erwähnte Entscheidung an, in

1) Ulmer NJW 1979, 81.

der der BGH die Abfindungsfolgen der Ausschließung eines Kommanditisten ohne wichtigen Grund durch vertraglich zugelassenen Mehrheitsbeschluß für sittenwidrig erklärt hat.

Darüber hinaus ist auch Ulmer¹⁾ der Auffassung, daß dieses Urteil einen Sonderfall betraf. Er selbst hält im übrigen Buchwertklauseln in der Regel nicht für sittenwidrig.

Es zeigt sich entgegen der Ansicht von Ulmer eher eine gegenläufige Tendenz der Rechtsprechung des BGH in Richtung auf eine Übernahme der im Bereich der Personengesellschaften schon weitgehend vollzogenen Anerkennung der Buchwertklausel auf die GmbH. Diese Entwicklung hat mit der Entscheidung des BGH²⁾ vom 12.6.1975 begonnen, in der der BGH entgegen der früher in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht³⁾ Satzungsbestimmungen, die die Gegenleistung der verbleibenden Gesellschafter für die Übernahme des Anteils des ausgeschiedenen beschränken, grundsätzlich auch dann für zulässig erklärte, wenn hierdurch Privatgläubiger eines Gesellschafters betroffen werden.

Priester⁴⁾ stellt in seiner Bewertung des von ihm als Grundsatzentscheidung bezeichneten Urteils zutreffend fest, daß der BGH nunmehr die wirtschaftliche Rechtfertigung von Abfindungsklauseln unter Wert ausdrücklich anerkannt hat, "nämlich ihren Sinn, der Unternehmenserhaltung durch Liquiditätsschonung und der Streitvermeidung durch Berech-

1) Ulmer NJW 1979, 81 (82).

2) BGH BB 1975, 1177.

3) OLG Hamburg DNotZ 1950, 472 f.; LG Mannheim GmbH.-Rdsch. 1967, 213 f.

4) Priester GmbH-Rdsch. 1976, 5 (9).

nungsvereinfachung zu dienen." Von einer zunehmend kritischen Haltung des BGH gegenüber Buchwertklauseln kann also keine Rede sein.

Aber noch aus einem weiteren, rein praktischen Gesichtspunkt erscheint die Ansicht Heckelmanns, der Erwerb des Abfindungsanspruchs habe sich trotz Vereinbarung einer Abfindungsklausel, die diesen Anspruch ausschließt, bereits in hohem Maße aktualisiert, so daß man von einem ohne die Abfindungsklausel "an sich" bestehenden Abfindungsanspruch sprechen kann, äußerst zweifelhaft. Tritt ein Außenstehender in eine bestehende Personengesellschaft ein, deren Gesellschaftsvertrag im Ausscheidensfall für alle Gesellschafter eine Abfindung zum Buchwert der Beteiligung vorsieht, so hat für den Eintretenden bei Abschluß des Aufnahmevertrages¹⁾ im Normalfall keine auch noch so geringe Chance bestanden, nach seinem eventuellen Ausscheiden in der in § 738, I 2 bestimmten Höhe abgefunden zu werden.

Im Ergebnis ist daher die Auffassung, die von einem ohne die Abfindungsklausel "an sich" bestehenden Abfindungsanspruch ausgeht, dessen Erwerb zwangsläufig bevorgestanden habe, abzulehnen. Damit entfällt ein solcher Anspruch auch als Zuwendungsgegenstand eines entgeltlichen Erlaßvertrages i.S. des § 397, I.

1) Dieser beinhaltet zwar nicht den Abschluß eines vollkommen neuen Gesellschaftsvertrages. Da der Aufnahmevertrag aber eine Abänderung des schon bestehenden Gesellschaftsvertrages darstellt, vgl. Hueck § 27 I 1 b, S. 390, ist - auf die Frage der Erwerbsaktualisierung des Abfindungsanspruchs bezogen - der Fall des Eintritts in eine Gesellschaft mit dem der Gründung einer solchen vergleichbar.

cc) Die von Heckelmann vertretene Auffassung

Heckelmann geht bei seiner Untersuchung der rechtsgeschäftlichen Einordnung von Abfindungsvereinbarungen hinsichtlich der Frage eines möglicherweise bestehenden Zuwendungsgegenstandes dieser Klauseln noch einen Schritt weiter.

Heckelmann¹⁾ stellt diesbezüglich eine Gesetzeslücke fest. Zwar lehnt auch Heckelmann²⁾ das für die Annahme einer Schenkung notwendige Merkmal der Zuwendung ab, weil eine zu erlassende Forderung im Zeitpunkt der gleichzeitig mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages vereinbarten Abfindungsklausel nicht vorher entstanden war.

Andererseits betrifft nach seiner Ansicht die Beschränkung des in § 738, I 2 bestimmten Abfindungsanspruchs aber auch nicht den Fall, der nach § 516, I durch das Merkmal "aus dem Vermögen" von den Bestimmungen über die Schenkung auszunehmen ist. Hierdurch und nochmals durch § 517 werde nämlich klargestellt, daß eine Schenkung abzulehnen sei, wenn auf ein erst später entstehendes Recht verzichtet werde. Da aber mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages der volle Abfindungsanspruch ohne die Abfindungsvereinbarung zwangsläufig und gleichzeitig entstanden wäre, beziehe sich dieser Erlaß weder auf eine vorhandene noch auf eine später erst zu begründende Abfindungsforderung.

Zur Ausfüllung dieser festgestellten Gesetzeslücke untersucht Heckelmann im Anschluß eine analoge Anwendung der Schenkungsvorschriften. Im Ergebnis kommt Heckelmann zu der Auffassung, daß eine generelle Übernahme der den schen-

1) Heckelmann, S. 65.

2) Heckelmann, S. 63.

kungsrechtlichen Vorschriften zugrundeliegenden Wertungsgesichtspunkte auf Abfindungsklauseln geboten sei.¹⁾ Daher müsse, so Heckelmann, die festgestellte Gesetzeslücke in der Weise ausgefüllt werden, daß der nicht vorhandene Abfindungsanspruch, der ohne die Abfindungsvereinbarung aber zwangsläufig entstanden wäre, einem nach § 738, I 2 begründeten Anspruch gleichzubehandeln sei. Zuwendungsgegenstand von Abfindungsvereinbarungen ist daher für Heckelmann ein an sich bestehender Abfindungsanspruch, wobei dieses Ergebnis mittels eines Analogieschlusses gewonnen wird.

Es wurde aber bereits festgestellt,²⁾ daß die besseren Argumente für das Ausscheiden als Entstehungszeitpunkt des Abfindungsanspruchs sprechen. Aus diesem Grunde liegt eine Gesetzeslücke als Voraussetzung einer analogen Anwendung der Bestimmungen über die Schenkung nicht vor, da nach der Legaldefinition des § 516, I und nach § 517 der Verzicht auf den späteren Erwerb einer Forderung oder eines Teils einer solchen von den Schenkungsvorschriften auszunehmen ist.³⁾

Schon aus diesem Grunde ist die Auffassung Heckelmanns abzulehnen. Einschränkend ist jedoch festzustellen, daß dieses Ergebnis auf einer begrifflichen Argumentationsebene gewonnen wurde. Die hier vertretene Auffassung des Entstehungszeitpunktes von Abfindungsansprüchen be-

1) Vgl. Heckelmann, S. 67 f.

2) Vgl. S. 112.

3) Erman-Böhle § 516, Anm. 3; Soergel-Ballerstedt § 516, Anm. 29 und § 517, Anm. 1; Staudinger-Ostler § 517, Rdnr. 1; dem stimmt Heckelmann, S. 63 f. unter Hinweis auf Mot. II, S. 290 zu.

ruht nämlich im wesentlichen auf der begrifflichen Einordnung dieser Forderungen als Surrogationsansprüche.¹⁾ Deshalb sollen im folgenden auch die weiteren Ausführungen Heckelmanns zur Frage des Zuwendungsgegenstandes von Abfindungsvereinbarungen erörtert werden.

Heckelmann²⁾ sagt, daß solche Grenzfälle dem Schenkungsrecht zuzuschlagen sind, bei denen der unmittelbare Erwerb des Zuwendungsgegenstandes zwangsläufig bevorstehe. Hierfür spreche, so Heckelmann, ein Vergleich mit der als Schenkung zu beurteilenden unentgeltlichen Übertragung eines Anwartschaftsrechtes.

Dem ist entgegenzuhalten, daß sich die unentgeltliche Übertragung eines Anwartschaftsrechtes und der Erlaß eines zwangsläufig entstehenden Anspruchs bezüglich ihrer schenkungsrechtlichen Problematik nicht vergleichen lassen. Die unentgeltliche Übertragung eines Anwartschaftsrechtes ist nämlich zweifellos als Schenkung einzuordnen. Dieser Annahme steht die Vorschrift des § 517 in keiner Weise entgegen.³⁾

1) Vgl. S. 98.

2) Heckelmann, S. 66.

3) Zur Stützung der These, daß der Erlaß eines noch nicht entstandenen Abfindungsanspruchs trotz § 517 als Schenkung zu beurteilen ist, hätte sich vielmehr ein Vergleich mit der strittigen Frage der Einordnung eines Verzichts auf ein Anwartschaftsrecht angeboten. Vgl. Staudinger-Reuss § 517, Rdnr. 1; Soergel-Ballerstedt § 517, Rdnr. 1; Erman-Seiler § 517, Rdnr. 2; ablehnend RGRK-Mezger § 517, Rdnr. 2; Palandt-Putzo § 517, Anm. 1 b. Aus dem auf S. 118 Gesagten ergibt sich jedoch, daß eine Anwartschaft auf einen nach § 738, I 2 berechneten Abfindungsanspruch nicht besteht.

Heckelmann behauptet nun weiter, daß sich auch beim Abfindungsanspruch die Situation so darstelle, daß sich die Voraussetzungen seines Erwerbs in der in § 738, I 2 bestimmten Höhe in der Weise verdichtet haben, daß der unmittelbar folgende Erwerb außer Zweifel stehe. Dies bedeutet im Ergebnis hinsichtlich der sicheren Erwerbsaussicht eine Gleichstellung des Abfindungsanspruchs mit dem Anwartschaftsrecht. Aber auch diese Ansicht wurde bereits oben¹⁾ mit dem Hinweis auf den besonderen Charakter der dispositiven Bestimmung des § 738, I 2 abgelehnt.²⁾

Den gleichen rechtspolitischen Normzweck und die gleiche Interessenlage als weitere Grundlage seines Analogieschlusses zur Ausfüllung der festgestellten Gesetzeslücke³⁾ begründet Heckelmann darüber hinaus mit der nach seiner Ansicht sachgerechten Heranziehung der Wertentscheidungen schenkungsrechtlicher Bestimmungen. Er erwähnt u.a. das Formerfordernis des § 518, I, das den oder die Gesellschafter wie in sonstigen Fällen eines Schenkungsversprechens auch bei der Abfindungsbeschränkung vor Übereilung schützen solle.

Allerdings führt Heckelmann⁴⁾ dieses Argument der vergleichbaren Interessenlage in bezug auf die Warnfunktion selbst wieder ad absurdum, indem er nach einer Lösung

1) Vgl. S. 122.

2) Im Ergebnis so auch Ziegler, S. 93, der zutreffend feststellt, daß der Anspruch des § 738, I 2 eben dadurch, daß die Gesellschafter sich durch Eingehung einer abweichenden Vertragsregelung nicht mit ihm einverstanden erklärt haben, nie zu einem Vermögensrecht geworden ist.

3) Engisch, S. 142 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 366 ff.

4) Heckelmann, S. 87.

des "Formproblems" des § 518, I sucht. Den Ausweg findet Heckelmann¹⁾ in § 518, II, indem er in dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages neben der kausalen Vereinbarung der Abfindungsbeschränkung zugleich auch den unter der aufschiebenden Bedingung des Ausscheidens erfolgenden (Teil-)Erlaß des Abfindungsanspruchs erblickt. Damit heilt die gleichzeitig bewirkte Leistung nach § 518, II den Mangel der notariellen Form.²⁾

Es erscheint allerdings wenig überzeugend zu sein, wenn man einerseits das Interesse der Gesellschafter an einem Formerfordernis generell bejaht und auch mit dieser Begründung die analoge Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften annimmt, andererseits aber die Anwendungsmöglichkeit solcher Vorschriften begrüßt, die zu einer Lösung dieses "Formproblems" führt, das wiederum nicht im Interesse der Gesellschafter liegen soll.

Zudem erscheint es fraglich, ob überhaupt ein Bedürfnis besteht, die Gesellschafter bei der Eingehung von Abfindungsbeschränkungen vor Übereilung zu schützen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Gesellschaftsverträge der Personenhandelsgesellschaften keiner besonderen Form bedürfen. Dies ist umso erstaunlicher, als mit dem Abschluß solcher Verträge weitreichende vermögensrechtliche Konsequenzen für die Beteiligten verbunden sind. Zu den-

1) Heckelmann, S. 88.

2) Sinnvoller wäre es entgegen der Auffassung von Heckelmann, auch die Vorschrift des § 518, II in analoger Form anzuwenden. Wegen der Kürzung der Abfindungsforderung wird es nämlich tatsächlich nur in sehr wenigen Fällen zum Ausscheiden und damit zum (Teil-)Erlaß des Abfindungsanspruchs kommen.

ken ist insbesondere an die unmittelbare, primäre, unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung des einzelnen Gesellschafters nach § 128 HGB.¹⁾

Vergleicht man diese mit der Abfindungsbeschränkung, so können sich aus § 128 HGB ungleich größere finanzielle Verluste ergeben. Wird etwa der Gesellschafter einer überschuldeten Gesellschaft von einem Gläubiger nach § 128 HGB in Anspruch genommen, und erhält er wegen "leerer Kassen" von der Gesellschaft keinen Ausgleich,²⁾ so steht ihm zwar gegen seine Mitgesellschafter ein Ersatzanspruch zu. Da der ausgleichsberechtigte Gesellschafter sich jedoch den auf ihn entfallenen Verlustanteil anrechnen lassen muß, kann die persönliche Haftung im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine Nachschulpflicht der einzelnen Gesellschafter hinauslaufen.³⁾

1) Vgl. Hueck, § 21 II 7, S. 320.

2) Die Anspruchsgrundlage für den Ausgleich gegenüber der Gesellschaft ist umstritten; während die einen den Anspruch ausschließlich auf § 110 HGB stützen, vgl. BGHZ 39, 319 (323); Fischer in Großkomm. HGB § 128, Anm. 22, halten andere daneben auch § 426, II für anwendbar, Flume, Festschr. f. Knur, 125 (142); Heymann-Kötter § 128, Anm. 5; Schmidt, ZHR 137, 517. Ein praktischer Unterschied zwischen der Anwendung des § 110 HGB und § 426, II besteht allerdings nicht; dies bezieht sich ebenfalls auf die Haftung der Gesellschafter, vgl. Fn. 3.

3) Vgl. Westermann, Handbuch, Rdz. 372; Westermann macht deutlich, daß diesem Ergebnis nicht die für Sozialansprüche bestehende Besonderheit entgegensteht, daß für diese die Gesellschafter nicht mit ihrem Privatvermögen haften. Gegenüber den Sozialansprüchen hat die Ausgleichspflicht die Besonderheit, daß es nicht um das interne Verhältnis der Gesellschafter geht, sondern diese Pflicht eine Folge der nach außen bestehenden einheitlichen Haftung der Gesellschafter darstellt.

Abfindungsvereinbarungen können dagegen äußerstenfalls, nämlich im Falle eines Abfindungsausschlusses, zum Verlust der geleisteten Einlage führen.

Noch eine weitere Überlegung spricht gegen ein Formerfordernis für Abfindungsklauseln. Auch ohne die Vereinbarung besonderer Abfindungsklauseln kann ein völliger Ausschluß des Abfindungsanspruchs dadurch herbeigeführt werden, daß nach dem Gesellschaftsvertrag im Fall der Auflösung der Gesellschaft ein Gesellschafter oder mehrere von ihnen ¹⁾ keinen Anspruch auf eine bestimmte Liquidationsquote haben. Der Grund hierfür liegt in der gesetzlichen Anbindung des Abfindungsanspruchs an die Höhe des Auseinandersetzungsanspruchs. Da ein solcher auch den Abfindungsanspruch beseitigender Ausschluß des Liquidationsanspruchs formfrei in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden kann, ²⁾ ist nicht einzusehen, weshalb für eine ausschließlich auf den Abfindungsanspruch

-
- 1) Selbstverständlich ist ein auf diese Weise erfolgreicher Abfindungsausschluß nicht zulasten aller Gesellschafter durchführbar, da nicht für alle Gesellschafter der Anspruch auf die Liquidationsquote aufgehoben werden kann; dies folgt aus der Notwendigkeit, irgendeinem der Gesellschafter den Substanzwert des Gesellschaftsvermögens zuzuweisen.
 - 2) Der formlose Ausschluß eines Liquidationsanspruchs und damit nach der Vorschrift des § 738, I 2 auch des Abfindungsanspruchs bezieht sich z.B. auf den Gesellschafter ohne Kapital, der nur seine Arbeitskraft in das Unternehmen einbringt. Darf er nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages auch seine Vergütung nicht als Gewinn auf das Kapitalkonto umschreiben, ist er als sog. Geschäftsführergesellschafter nicht am Gesellschaftsvermögen und auch nicht an eventuellen Überschüssen bei der Liquidation beteiligt, vgl. im einzelnen Huber, S. 290 f.; s. a. Westermann, Rdz. 295.

bezogene Vereinbarung etwas anderes gelten soll.

Zwar könnte man auch in diesem Fall daran denken, schenkungsrechtliche Vorschriften anzuwenden. Dies wird selbst von Heckelmann nicht in Erwägung gezogen. Andererseits sprechen auch gleiche Bedenken dagegen wie im Fall der Abfindungsvereinbarung.

Eine analoge Anwendung der Schenkungsvorschriften hält Heckelmann¹⁾ auch deshalb für sachgerecht, um durch §§ 32 KO; 3, I Nr. 3 AnfG; 2325; 1375, II Nr. 1 einen wirk-samen Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der zugewinn-berechtigten Ehefrau und der übrigen Pflichtteilsberech-tigten zu erzielen.

Die Notwendigkeit eines solchen Schutzes des genannten Personenkreises gegen Abfindungsvereinbarungen beruht nach Auffassung Heckelmanns darauf, daß durch diese Ver-einbarungen beschlagnahmefähiges Vermögen entzogen wird. Der jeweils austretende Gesellschafter habe nämlich mit-tels der Abfindungsklauseln auf den ihm an sich nach § 738, I 2 zustehenden Abfindungsanspruch teilweise oder vollständig verzichtet.

Diese Ansicht von einem an sich bestehenden Abfindungs-ananspruch wurde abgelehnt.²⁾ Eine generelle Übernahme der den genannten schenkungsrechtlichen Bestimmungen zugrun-deliegenden Wertentscheidungen auf Abfindungsvereinbarun-gen kommt daher nicht in Betracht. Insbesondere kann die von Heckelmann festgestellte Gesetzeslücke bezüglich des

1) Heckelmann, S. 68.

2) Vgl. S. 122.

Zuwendungsgegenstandes von Abfindungsvereinbarungen nicht durch den dargestellten Analogieschluß ausgefüllt werden.¹⁾

Nach dem bisherigen Ergebnis sind also Buchwertklauseln nicht auf die Zuwendung eines Vermögensrechtes gerichtet.²⁾

e) Einfluß der Vorschriften der §§ 3, I Nr. 2 und 7,
VII ErbStG

Abschließend soll erörtert werden, ob die Vorschriften der §§ 3, I Nr. 2; 7, VII ErbStG in irgendeiner Weise Einfluß auf die Problematik des Zuwendungsgegenstandes von Buchwertklauseln und damit auf deren Einordnung in die zivilrechtliche Rechtsgeschäftslehre haben.

Durch diese Bestimmungen sollen die Bereicherungen, die die verbleibenden Gesellschafter dadurch erfahren, daß ihnen die in dem Anteil des Ausscheidenden enthaltenen stillen Reserven ohne entsprechende Gegenleistung anwachsen, schenkungssteuerrechtlich erfaßt werden.³⁾

Hierzu war der Erlaß einer gesetzlichen Vorschrift notwendig, weil der BFH in dem sogenannten Wagnisurteil⁴⁾

1) Ob demgegenüber im jeweiligen Einzelfall bei Abfindungsvereinbarungen und unentgeltlichen Zuwendungen eine vergleichbare Interessenlage besteht, so daß hier die Anwendbarkeit der genannten Schutzbestimmungen auf diese Klauseln sachgerecht erscheint, soll in einem späteren Abschnitt erörtert werden.

2) So im Ergebnis auch Schulze zur Wiesche DStR 1974, 698 (701).

3) Vgl. Schulze zur Wiesche DStR 1974, 698; Kapp § 7, Anm. 193.

4) BFH BStBL 1953, 199 (200).

den Schenkungscharakter solcher gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen, die wirtschaftlich zu einem Übergang der stillen Reserven auf die verbleibenden Gesellschafter führen, ablehnte, weil es nach seiner Auffassung regelmäßig an der Unentgeltlichkeit der Vereinbarung fehlt.

Die Antwort des Gesetzgebers auf diese Rechtsprechung ist rechtstechnisch eine Fiktion. Nach §§ 3, I Nr. 2; 7, VII ErbStG wird der Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert des Geschäftsanteils und dem unter Umständen niedrigeren Abfindungsanspruch unabhängig davon schenkungs- bzw. erbschaftsteuerrechtlich erfaßt, ob die zugrundeliegende Vereinbarung, die auf die Übertragung gerichtet ist, unentgeltlichen Charakter besitzt.

Ausreichend sind die objektiven Schenkungsmerkmale und der einseitige Bereicherungswille des Zuwendenden.¹⁾

Eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist im Steuerrecht nicht erforderlich.

Diese Fiktion des Gesetzgebers bietet allerdings noch keinen Anknüpfungspunkt für eine Heranziehung steuerrechtlicher Wertungen auf die zivilrechtliche Problematik des Zuwendungsgegenstandes von Abfindungsvereinbarungen. Der Wortlaut der §§ 3, I Nr. 2; 7, VII ErbStG setzt vielmehr einen auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Übergang eines Anteils oder des Teils eines

1) Vgl. Kapp § 7, Anm. 194; teilweise wird die Auffassung vertreten, daß für § 7, VII objektive Schenkungsmerkmale ausreichend sind, so daß auf einen Bereicherungswillen verzichtet werden kann, vgl. Schulze-Osterloh StuW 1977, 122 ff.; Tipke § 12, S. 308.

Anteils voraus.

Nach der oben vertretenen Auffassung bezieht sich der Regelungsgegenstand von Buchwertklauseln nicht auf den Übergang von Geschäftsanteilen.¹⁾ Die Anwachsung, deren Folgen Abfindungsklauseln bestimmen, beinhaltet nämlich nach richtiger Auffassung nicht die Übertragung, sondern die Auflösung der Beteiligung des Ausscheidenden.²⁾

Andererseits ist auch mit dem Vorgang der Anwachsung und einem auf den Nominalwert des Gesellschaftsvermögens abstellenden Abfindungsanspruch ein Wertzuwachs zugunsten der verbleibenden Gesellschafter verbunden. Um auch die bei einem Untergang der Beteiligung entstehende Bereicherung der übrigen Gesellschafter steuerrechtlich erfassen zu können, muß auch nach Auffassung derjenigen, die den Wortlaut der §§ 3, I Nr. 2; 7, VII ErbStG nicht auf diesen Fall beziehen,³⁾ die Anwachsung dem Übergang der Beteiligung für den Bereich der Erb- bzw. Schenkungssteuer gleichbehandelt werden. Für den steuerrechtlichen Bereich ist eine solche Gleichbehandlung naheliegend, da

1) Vgl. S. 90.

2) Vgl. S. 93 f.

3) Kapp § 7, Anm. 195, stellt ausdrücklich fest, daß für den Fall, daß das Gesellschaftsverhältnis beim Tode eines Gesellschafters von den verbleibenden Gesellschaftern - tatsächlich - fortgesetzt wird und diese dem Erben des verstorbenen Gesellschafters eine Abfindung zahlen, die unter dem Vermögensteuerwert der Abfindung des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters liegt, nach dem Gesetzeswortlaut § 7, VII ErbStG keine Anwendung finden kann; vgl. a. Knobbe-Keuk StbJb 1978/79, 413 (431); die Aussage der letzten beschränkt sich allerdings auf die nur bei Kapitalgesellschaften geltende Amortisation des Geschäftsanteils. Für diese Form der Bereicherung wurde bereits eine Übertragung der Anteile angenommen, vgl. S. 103.

die Steuergesetze Sachverhalte in ihrem wirtschaftlichen Gehalt erfassen und hieran Rechtsfolgen knüpfen. Tipke¹⁾ führt zutreffend aus, daß im steuerrechtlichen Gesetzesstatbestand der wirtschaftliche Vorgang häufig durch solche zivilrechtlichen Tatbestände umschrieben wird, die seiner typischen rechtlichen Gestaltungsform entsprechen. Hieraus ergeben sich zwangsläufig Abweichungen zwischen der Auslegung gleicher Begriffe im Steuerrecht und im Zivilrecht.²⁾

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, ob nicht aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung durch eine Übernahme der oben erwähnten Gleichbehandlung in das Zivilrecht eine einheitliche Beurteilung von Abfindungsvereinbarungen für das Steuerrecht und das Zivilrecht erfolgen soll.³⁾ Im weiteren Sinne betrifft diese Frage den Einfluß des Steuerrechts auf das bürgerliche Recht.

Ein solcher Einfluß des Steuerrechts könnte sich z.B. in der Weise auswirken, daß im Steuerrecht gewonnene Auslegungsergebnisse zivilrechtlicher Rechtsbegriffe auch in das Zivilrecht übernommen werden.

Weitergehender wäre die Übernahme solcher Wertungen, die der Steuergesetzgeber vorgenommen hat, in das Zivilrecht.

1) Tipke, S. 8.

2) Vgl. Tipke, S. 9.

3) Eckhardt-StJB 1961/62, 77 (136 f.); Flume, *Steuern*, S. 72 f.; v. Wallis, *Festschr. f. Bühler*, S. 249 (256 ff.). Auch der BFH versucht ein Auseinandergehen steuerrechtlicher und zivilrechtlicher Wertungen zu verhindern, hält aber die zivilrechtliche Wertung für maßgeblich, vgl. BFHE 90, 122 (125).

Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang die von Dieckmann¹⁾ aufgeworfene Frage, ob sich aus dem neuen Schenkungssteuerrecht (hier: § 7, I Nr. 4 ErbStG in der Fassung vom 1.7.1974), das in der Begründung einer Gütergemeinschaft eine Schenkung sieht, Auswirkungen auf die zivilrechtliche Bewertung dieses Vorganges ergeben können. Die gleiche Fragestellung ergibt sich für gesellschaftsvertragliche Abfindungsvereinbarungen.

Während ein Einfluß des Steuerrechts auf die Planung von Rechtsgeschäften insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Suche nach der kostengünstigsten Lösung unzweifelhaft gegeben ist,²⁾ wird teilweise bei einer ex post vorzunehmenden Interpretation zivilrechtlicher Begriffe und Rechtsgeschäfte die Berücksichtigung steuerrechtlicher Gesichtspunkte ausdrücklich abgelehnt.³⁾

Eine solche prinzipielle Ablehnung steuerlicher Fragestellungen und Begriffe ist jedoch ebenso unsachgemäß, wie deren mechanische Übertragung in das Zivilrecht. Während eine unreflektierte Übernahme steuerlicher Grundsätze in die Zivilrechtsinterpretation zu einer Umkehrung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit des bürgerlichen Rechts

1) Soergel-Dieckmann, § 2325, Anm. 4.

2) Meincke JuS 1976, 693 (694).

3) Vgl. v. Lübtow, S. VIII.

für das Erbschaftssteuerrecht in sein Gegenteil führen würde,¹⁾ würden durch die kategorische Ablehnung einer Berücksichtigung steuerlicher Wertungen Wertungswidersprüche zwischen dem Zivilrecht und dem Steuerrecht entstehen, die unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung so weit wie möglich zu vermeiden sind.²⁾ Von daher ist es begrüßenswert, daß sich der BGH³⁾ und auch schon das RG⁴⁾ bei der Lösung zivilrechtlicher Probleme mit steuerrechtlichen Aspekten auseinandergesetzt haben. Auch die Literatur⁵⁾ ist hierin der Rechtsprechung gefolgt.

Für die Beurteilung des Einflusses der §§ 3, I Nr. 2; 7, VII ErbStG auf die rechtsgeschäftliche Einordnung von Abfindungsvereinbarungen muß noch einmal auf den maßgeblichen methodischen Gesichtspunkt zurückgegriffen werden, der nach allgemeiner Auffassung⁶⁾ zu einer Gleichbehandlung der durch das Ausscheiden erfolgenden Auflösung

1) Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Zivilrechts für das Steuerrecht besagt, daß in den Fällen, in denen die zivilrechtliche Interessenlage unmittelbar, d.h. durch eine Anknüpfung steuerrechtlicher Begriffe an zivilrechtliche Interessenlagen, für das Steuerrecht erheblich ist, das Steuerrecht die zivilrechtliche Wertung umfaßt (vgl. Crezelius, S. 31 f.). Dies ist eine Folge des Umstandes, daß das Steuerrecht auf den zivilrechtlich geregelten wirtschaftlichen Verhältnissen aufbaut, weil der Steuergesetzgeber die erbrechtlichen und schenkungsrechtlichen Vorgänge nicht originär schaffen kann (vgl. Art. 74 Nr. 1 GG), Crezelius, S. 30.

2) Meincke, JuS 1976, 693.

3) BGHZ 14, 368 (379).

4) RGZ 107, 78 (89).

5) Vgl. Medicus, Rdnr. 255; Reich, S. 49, 80.

6) Vgl. S. 132 f.

der Beteiligung und der Übertragung von Geschäftsanteilen im Rahmen der genannten Bestimmungen des ErbStG führt. Dieser besteht in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise der vermögensrechtlichen Folgen des Ausscheidens, die, wie bereits festgestellt wurde,¹⁾ in der Tat eine Übertragung des Geschäftsanteils dem Werte nach bedeuten. Den verbleibenden Gesellschaftern fallen mit dem Stimmrecht und den Gewinn- bzw. Liquidationsanteilen quasi die wertbildenden Inhalte des untergegangenen Anteils zu.

Diese Methode der Interpretation rechtsgeschäftlicher Vorgänge von ihrem wirtschaftlichen Ergebnis her wird im Steuerrecht mit besonderer Intensität diskutiert. Die Ansichten reichen von kritikloser Anwendung dieser Methode²⁾ über ihre Weiterentwicklung mit dem Ziel einer "Verrechtlichung" einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise³⁾ bis hin zu ihrer völligen Ablehnung.⁴⁾ Der allgemeine methodologische Wert der wirtschaftlichen Betrachtungsweise für die Anwendung und Auslegung steuerrechtlicher Vorschriften soll im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter erörtert werden.⁵⁾ Hier geht es lediglich um das Problem einer Übertragung des mittels dieser Methode zu § 7, VII ErbStG gefundenen Auslegungsergebnisses auf die zivilrechtliche Einordnung von Abfindungsvereinbarungen.

1) Vgl. S. 101.

2) BFHE 98, 405 (409); 76, 373; 101, 229 (231).

3) Pawlowski BB 1977, 253.

4) Crezelius, S. 33 f.

5) Vgl. hierzu Rittner Schriftenreihe, S. 33 ff.

Gegen eine solche Übertragung sprechen mehrere Erwägungen. Zum einen darf hierbei nicht übersehen werden, daß schon auf der Ebene der zivilrechtlichen Qualifikation der Abfindungsvereinbarungen die Frage nach dem Zuwendungsgegenstand auch unter dem Gesichtspunkt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erörtert wurde.¹⁾ Es würde aber den Grundsatz der Maßgeblichkeit des Zivilrechts für das Steuerrecht in sein Gegenteil verkehren, wollte man das dort gefundene Ergebnis durch eine Übernahme der hierzu im Steuerrecht vertretenen Ansicht wieder revidieren. Dies ist zweifellos nicht das Ziel einer Klärung zivilrechtlicher Fragestellungen mittels steuerlicher Überlegungen. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung ist vielmehr die Frage aufzuwerfen, ob die für § 7, VII vertretene Ansicht der Gleichstellung der Anwachsung mit einer Übertragung von Geschäftsanteilen angesichts der für das Zivilrecht vertretenen Ablehnung haltbar ist.²⁾

Es bleibt anzumerken, daß die Einfügung des § 7, VII in das ErbStG in der Literatur auf allgemeine und heftige Kritik gestoßen ist. Die Stellungnahmen reichen von den Bemerkungen, diese Vorschrift widerspreche den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts,³⁾ stelle einen Systembruch dar⁴⁾ und beeinträchtige in erhöhtem Maße die Vertragsfreiheit⁵⁾ bis hin zu der Feststellung, daß sie einer ver-

1) Vgl. S. 101 ff.

2) In diesem Sinne Kapp, § 7, Rdnr. 195.

3) Kapp § 7, Rdnr. 198.

4) Crezelius, S. 90.

5) Schulze zur Wiesche DStR 1974, 698 (701); v. Braunschweig BB 1974, 1357.

fassungsrechtlichen Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechtsstaatsprinzips nicht standhält.¹⁾

In diesem Zusammenhang soll die Richtigkeit der zitierten Stellungnahmen dahingestellt bleiben. Zumindest aber sollte eine solchermaßen der Kritik ausgesetzte Vorschrift des Steuerrechts nicht durch eine Übertragung ihres durch Auslegung gewonnenen Anwendungsbereichs zur Lösung bürgerlich-rechtlicher Problemstellungen herangezogen werden. Anderenfalls würde ihr eine Bedeutung zugesprochen, die ihren vom Gesetzgeber zugewiesenen Gehalt als einer für das Steuerrecht geltenden Fiktion überspannen würde.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß Buchwertklauseln weder auf die Übertragung von Vermögensrechten noch auf den Erlaß von Forderungen gerichtet sind. Bei ihnen handelt es sich nicht um Vereinbarungen, die "Vermögensgegenstände von dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen Person hinüberschieben."²⁾

Dies gilt unabhängig von subjektiven Elementen, also der unentgeltlichen oder entgeltlichen Einigung der Beteiligten. In jedem Fall mangelt es an einem Zuwendungsgegenstand.

Die Ablehnung entgegenstehender Auffassungen aufgrund objektiver Merkmale hat insoweit auch praktische Auswirkungen, als es für die hier vertretene Auffassung nicht auf die Gegebenheiten des Einzelfalles ankommt.

1) Tillmann GmbH-Rdsch. 1974, 262 (264); so a. v. Braunschweig BB 1974, 1357.

2) So die Formulierung von Rittner FamRZ 1961, 505 (510).

Demgegenüber macht die Auffassung, die Abfindungsklauseln grundsätzlich als entgeltliche, aleatorische Verträge bezeichnet, insoweit Einschränkungen, als nach Lage des Falles, z.B. bei sehr unterschiedlichem Alter oder Gesundheitszustand der Gesellschafter, eine Schenkung vorliegen kann.¹⁾ Es erscheint jedoch unsachgemäß, die Rechtsnatur von Abfindungsklauseln nach solch vagen Kriterien zu bestimmen.

Aus der Feststellung, daß Abfindungsklauseln nicht auf die Übertragung oder den Erlaß von Vermögensrechten gerichtet sind, folgt zum einen die Ablehnung der h.M.,²⁾ die aufgrund der Annahme, jeder Gesellschafter riskiere den Verlust des eigenen Anteils unter Wert, um die Anteile der anderen unter Wert erwerben zu können, von einem entgeltlichen, aleatorischen Vertrag ausgeht. Zum anderen ergibt sich hieraus, daß die Einordnung von Abfindungsvereinbarungen als Schenkung ebenfalls ausscheidet.

Damit kann die oben³⁾ aufgeworfene Frage nach der Anwendbarkeit bestimmter, zum Schutz dritter Personen bestehender Vorschriften auf Abfindungsklauseln, zumindest teilweise, beantwortet werden. Auf jeden Fall finden solche Bestimmungen, deren Tatbestand eine Schenkung voraussetzt, auf Buchwertklauseln grundsätzlich keine Anwendung.

Eine unmittelbare Anwendung des § 2325, I kommt daher nicht in Betracht. Gleiches muß aber auch für § 1375, II Nr. 1 gelten. Zutreffend wird nämlich für die in § 1375, II Zif. 1 enthaltenen rein objektiven Elemente der unent-

1) Goroncy, S. 142 ff.

2) Vgl. S. 35, Fn. 1.

3) Vgl. S. 20 ff.

geltlichen Zuwendung der gleiche Inhalt zugrunde gelegt, der auch für die Schenkung gilt.¹⁾

Auch für den Tatbestand des § 1375, II Nr. 1 scheiden daher der von dem Abfindungsanspruch nicht gedeckte Teil der Mitgliedschaft bzw. die Differenz zwischen dem nach der Vorschrift des § 738, I 2 berechneten Abfindungsanspruch und dem dem Buchwert der Beteiligung entsprechenden Abfindungsanspruch als Zuwendungsgegenstand aus. Auch die Voraussetzungen des § 1375, II Nr. 1 liegen somit bei Vereinbarung einer Buchwertklausel nicht vor, so daß auch eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift auf Buchwertklauseln ausscheidet.

Etwas anderes muß für die Schenkungsanfechtung nach § 32 KO und § 3, I Nr. 3 AnfG gelten. Das in beiden Vorschriften vorausgesetzte Merkmal der "unentgeltlichen Verfügung" ist in einem viel weiteren Sinne zu verstehen als der schenkungsrechtliche Zuwendungsbegriff, da es im Interesse der Gläubiger nicht, wie für den schenkungsrechtlichen Zuwendungsbegriff, auf den Erfolg der Zuwendungshandlung, also die Bereicherung in der Person des Empfängers, sondern lediglich auf die Vermögensminderung in der Person des Verfügenden ankommt.²⁾

Insbesondere wird für den Anfechtungstatbestand der KO bzw. des AnfG keine rechtsgeschäftliche Einigung zwischen dem Schuldner und dem Dritten verlangt, so daß auch reine

1) Vgl. Erman-Heckelmann § 1375, Rdnr. 7; Goroncy, S. 118; lediglich hinsichtlich der Frage der Unentgeltlichkeit wird wegen der unterschiedlichen Normzwecke unterschieden, vgl. MK-Gernhuber § 1375, Rdnr. 16.

2) Vgl. Jaeger-Lent § 32, Anm. 2; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck § 32, Anm. 3 und 4.

Rechtshandlungen dem Gläubiger die Anfechtungsmöglichkeit verschaffen können.¹⁾ Im Ergebnis wird auch die Aufgabe eines Rechts ohne die Übertragung auf einen anderen als unentgeltliche Verfügung im Sinne der Schenkungsanfechtung betrachtet.²⁾

Es ist jedoch unerheblich, ob unter diesen äußerst weit gefaßten Verfügungsbegriff auch der Erlaß zukünftiger Forderungen fällt,³⁾ da schon die Existenz eines zukünftigen, an sich entstehenden Abfindungsanspruchs in der in § 738, I 2 bestimmten Höhe abgelehnt wurde.⁴⁾

Andererseits läßt sich aber unter einen in dieser Weise verstandenen Zuwendungsbegriff eine Zuwendungshandlung des Schuldners einordnen, die zwar, wie im Falle der Mitgliedschaft eines ausscheidenden Gesellschafters, den Untergang eines Vermögensrechtes herbeiführt, auf der anderen Seite aber zu einem Vermögenszuwachs eines Dritten beiträgt, z.B. in Form erhöhter Anteile am Gewinn bzw. Liquidationserlös der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter.

Die Ablehnung eines Zuwendungsgegenstandes, die auf der Grundlage der Rechtsnatur entgeltlicher und unentgeltlicher Veräußerungsgeschäfte gewonnen wurde, beinhaltet damit nicht gleichzeitig die Ablehnung des Anfechtungstatbestandes der §§ 32 KO, 3, I Nr. 3 AnfG.

Für die Frage der Anwendbarkeit der Schenkungsanfechtung auf Buchwertklauseln ist vielmehr eine genauere Bestimmung der Rechtsnatur dieser Vereinbarungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer Vermögensminderung auf Seiten des Gesellschafterschuldners, erforderlich.

1) Liebisch, S. 20; Oertmann, S. 106; Ziegler, S. 115.

2) Vgl. Jaeger-Lent § 32, Anm. 3, II Nr. 2.

3) Vgl. S. 110.

4) Vgl. S. 122.

3. Ergebnis

Zur Bestimmung des Rechtsgeschäftstypus von Abfindungsvereinbarungen muß noch einmal ihr Regelungsgegenstand, der Abfindungsanspruch, zum Objekt der Betrachtung gemacht werden.

Es wurde bereits festgestellt,¹⁾ daß der Abfindungsanspruch den Ersatz für den aufgelösten Geschäftsanteil bildet. Dieser reine Geldanspruch stellt das Surrogat der aus der gesellschaftsrechtlichen Bindung herausgelösten Beteiligung am Gesellschaftsvermögen dar. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß bei dem zugrunde gelegten Fall der Vereinbarung einer Buchwertklausel in der Regel der Wert des Surrogats nicht dem Wert des ursprünglichen Vermögensrechtes entspricht. Dem Begriff der Surrogation ist nicht der volle wirtschaftliche Ausgleich immanent. Für ihn ist vielmehr nur die Erhaltung der Rechtsstellung dem Grunde nach erheblich.²⁾

Mit dieser Einschätzung der Surrogation läßt sich die einheitliche Auffassung zum dispositiven Charakter des Teils der Regelung in § 738, I 2 vereinbaren, der die Höhe des Abfindungsanspruchs bestimmt. Aus der Bestimmung des Abfindungsanspruchs als eines Surrogationsanspruchs folgt aber darüber hinaus, daß die Entstehung eines Abfindungsanspruchs dem Grunde nach zwangsläufige Folge des nach § 738, I 1 stattfindenden Ausscheidens ist.³⁾

1) Vgl. S. 98.

2) Vgl. Strauch, S. 151.

3) Ähnlich im Ergebnis Flume, Personengesellschaft, S. 172, der annimmt, daß zumindest eine Abfindung in Höhe des geleisteten Sachbeitrages eine der Gesellschaft als Vertragstyp angemessene Regelung sei.

§ 738, I enthält damit in seinem zwingenden nicht dispositiven Teil die Anordnung der Anwachsung der dinglichen Berechtigung des Ausscheidenden an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen und die Begründung eines Abfindungsanspruchs, in seinem dispositiven Teil die Bestimmung der Höhe dieses Anspruchs.¹⁾

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß Abfindungsklauseln die Einigung der Beteiligten über die Höhe bzw. Berechnungsart eines dem Grunde nach unabhängig von dieser Vereinbarung entstehenden Anspruchs beinhalten. Abfindungsvereinbarungen sind demnach nicht Causa einer Vermögensverschiebung im Ausscheidensfalle, sondern schaffen eine vertragliche Grundlage für die Abwicklung einer solchen bereits anderweitig veranlaßten Leistung. Bezieht man die Abfindungsklauseln in den gesamten gesellschaftsvertraglichen Komplex ein, so läßt sich zwar ihre Selbstständigkeit im Sinne eines aus sich heraus wirtschaftlich verständlichen Rechtsgeschäftes nicht leugnen. Andererseits stellen sie ein Hilfsgeschäft dar, das der Verwirklichung der mit dem Unternehmen verfolgten Zwecke über den Austritt eines Gesellschafters hinaus dient.²⁾

1) Diese Feststellung hat zumindest für den hier untersuchten Fall der Vereinbarung einer Buchwertklausel Gültigkeit. Wie sich der solchermaßen bestimmte Inhalt des § 738, I mit dem völligen Abfindungsausschluß in Einklang bringen läßt, ist Gegenstand späterer Erörterungen, die sich mit besonderen Klauseldifferenzierungen befassen.

2) Die Vereinbarung dient ebenfalls dem Interesse des Ausscheidenden an einer eindeutigen, schnellen und kostensparenden Ermittlung der Höhe des Abfindungsanspruchs, vgl. S. 13 f.

Die Bestimmung der Höhe dieses Anspruchs, berechnet nach der subsidiär eingreifenden Vorschrift des § 738, I 2 i.V.m. § 738, II, ist angesichts der mit einer Fixierung des tatsächlichen Wertes der Vermögensbeteiligung verbundenen Schwierigkeiten und der breiten Skala betriebswirtschaftlicher Bewertungsmethoden einem hohen Grad von Unsicherheit ausgesetzt. In die Bewertung fließen subjektive Schätzungen ein, so daß sich Streitigkeiten häufig nicht vermeiden lassen. Abfindungsvereinbarungen sollen mögliche Unsicherheiten und Streitigkeiten vermeiden, indem sich die Beteiligten in ihnen auf eine einfachere und in ihrem Ergebnis überschaubare Berechnungsmethode einigen.

Andererseits kommt im Interesse der Bestandssicherung der Gesellschaft im Ausscheidensfall der Überschaubarkeit des Berechnungsergebnisses eine besondere Bedeutung zu.

Bei einer nach § 738, I 2 berechneten Abfindung ergeben sich erhebliche Unsicherheiten, die mit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens verbunden sind.

Eine starke Expansion der Gesellschaft bewirkt in der Regel eine entsprechende Erhöhung der Aktiva. Andererseits führt eine anhaltend gute Gewinnsituation häufig zu einer Erhöhung der stillen Reserven. Die Kombination beider Faktoren läßt den Wert der Geschäftsanteile und damit die bei einem eventuellen Austritt zu leistenden Abfindungszahlungen einen Umfang erreichen, der die liquiden Mittel, insbesondere bei Unternehmen mit hohem Kapitalbedarf, bei weitem übersteigt.

Diesen Nachteilen eines nach § 738, I 2 berechneten Abfindungsanspruchs sollen Abfindungsklauseln begegnen.

Diese mit Abfindungsklauseln verfolgten Zwecke werden durch einen den Beteiligten als sachgemäß erscheinenden Interes-

senausgleich erreicht.¹⁾

Dieser Ausgleich geschieht im Wege gegenseitigen Nachgebens. Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit einzelner Abfindungsklauseln reicht das Spektrum denkbarer Vereinbarungen von einem Abfindungsausschluß bis hin zu solchen Klauseln, die lediglich eine bestimmte betriebswirtschaftliche Bewertungsmethode festlegen und annähernd dem tatsächlichen Wert der Beteiligung entsprechen. Insbesondere eine Berechnung nach der Buchwertklausel stellt insoweit einen Kompromiß zwischen den verschiedenen Interessen her.

Angesichts der mit der ungewissen wirtschaftlichen Entwicklung verbundenen Imponderabilien wohnt Abfindungsvereinbarungen ein gewisses spekulatives Moment inne.

Dies soll anhand der Buchwertklausel verdeutlicht werden. Eine solche Vereinbarung kann dazu führen, und dies wird der Regelfall sein, daß die Höhe der Ausgleichsforderung unter dem tatsächlichen Wert des jeweiligen Geschäftsanteils liegt, da insbesondere die zum Teil erheblichen stillen Reserven unberücksichtigt bleiben. Auf der anderen Seite ist es aber nicht völlig ausgeschlossen, daß aufgrund einer besonders schlechten wirtschaftlichen Entwicklung,

1) So a. Rittner FamRZ 1961, 505 (512).

die zu einer Aufzehrung vormals bestehender stiller Reserven und zu einer im Rahmen anerkannter Bilanzgrundsätze liegenden Überbewertung der Aktiva geführt hat, der in der Bilanz enthaltene Nominalwert über dem wirklichen Wert der Vermögensbeteiligung liegt. Dadurch besteht für alle Beteiligte ein mit solchen Klauseln verbundenes Risiko, das ihnen einen aleatorischen Charakter verleiht.¹⁾

Faßt man die aufgezählten Elemente zusammen, die insgesamt zum Wesen und Inhalt von Abfindungsvereinbarungen gehören, so ergeben sich alle Voraussetzungen eines Vergleichsvertrages im Sinne des § 779, I.

Die Beteiligten wollen einen zukünftigen Streit über die Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs von vornherein ausschließen. Konfliktstoff für eine diesbezügliche Auseinandersetzung bietet insbesondere die Ungewißheit einer Fixierung anhand des tatsächlichen Wertes der Vermögensbeteiligung.

Die Parteien tun dies in der Weise, daß sie eine vertragliche Regelung ihrer Rechtsbeziehungen vornehmen, die zwischen ihnen sowohl bei einer außerprozeßualen als auch bei einer prozeßualen Auseinandersetzung Wirkung haben soll.²⁾

1) Dieser besteht unabhängig davon, ob die Buchwertklausel nur für einen oder für alle Gesellschafter gilt. Demgegenüber sieht die h.M. den aleatorischen Charakter von Abfindungsklauseln darin, daß bei solchen für alle geltenden Klauseln ungewiß ist, wer als erster austritt und damit von den nachteiligen Folgen des beschränkten Abfindungsanspruchs betroffen wird; vgl. S. 35, Fn. 1.

2) Ritzmann, S. 1 f.

Bei einer solchen Typisierung von Abfindungsvereinbarungen finden darüber hinaus zwei Merkmale Berücksichtigung, die zu ihrem Wesen gehören. Zum einen haftet jedem Vergleich ein gewisses spekulatives oder aleatorisches Moment an, das Ausfluß des dem Vergleich zugrundeliegenden Eventualitätsprinzips ist.¹⁾ Zum anderen gehört der Vergleich zu den Hilfsgeschäften, die in enger Beziehung zum jeweiligen Grundgeschäft stehen.²⁾

Dieser Bezug zu dem Grundgeschäft Gesellschaftsvertrag ist für Abfindungsklauseln wesensbestimmend. Insoweit ist Rittner³⁾ zuzustimmen, daß der Inhalt solcher Vereinbarungen nicht darin besteht, daß eine Person einer anderen entgeltlich oder unentgeltlich einen Vorteil verschafft, sondern darin, daß gemeinsam ein Unternehmen betrieben werden soll. Zu weit geht Rittner allerdings in seiner Schlußfolgerung, Abfindungsklauseln seien kein aus sich zu verstehendes Rechtsgeschäft. Der wirtschaftliche Zweck dieser Vereinbarungen ist der der Verhinderung eines potentiellen Streites und der Beseitigung der auf der Regelung des § 738, I 2 beruhenden Ungewißheiten. Eine solche vertragliche Zweckverfolgung aber findet in § 779, I ihre rechtliche Anerkennung.⁴⁾

Die Richtigkeit der Ansicht, Abfindungsvereinbarungen als Vergleich im Sinne eines Hilfsgeschäftes zu dem Gesellschaftsvertrag als Grundgeschäft einzuordnen, ergibt

1) Vgl. Ebel, S. 154.

2) Schnorr v. Carolsfeld, S. 46, umschreibt diese Beziehung in der Weise, daß der Vergleich in seinem Rechtsgrund auf das Grundgeschäft verweist; vgl. a. Täger, S. 8 f.

3) Rittner FamRZ 1961, 505 (510).

4) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, S. 100.

sich noch aus folgendem. Wegen der besonderen Struktur des Gesellschaftsvertrages, dessen Einordnung als gegenseitiger Vertrag umstritten ist, der aber keineswegs als Austauschvertrag bezeichnet werden kann,¹⁾ dürfen solche Vorschriften, die speziell auf Umsatzgeschäfte wie z.B. Schenkungen zugeschnitten sind, nicht unreflektiert auf einzelne gesellschaftsvertragliche Bestimmungen übernommen werden.

Es würde hierbei unberücksichtigt bleiben, daß Abfindungsklauseln integrierter Bestandteil des Gesellschaftsvertrages sind, auf die daher in erster Linie gesellschaftsrechtliche Normen Anwendung finden, dies auch insoweit, als die Gültigkeitsschranken gegenüber Dritten in Frage stehen.

Durch die Einordnung von Abfindungsklauseln als Vergleich im Sinne eines Vertrages, der als Hilfsgeschäft zu dem Gesellschaftsvertrag der Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Interessen dient, wird diesem Gesichtspunkt Rechnung getragen. Die in ihm versprochenen Leistungen ordnen sich dem Grundtypus unter.²⁾ Dies ist offensichtlich, wenn z.B. durch den Vergleich eine bestimmte Mietleistung vereinbart wird. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß auf diese in dem Vergleich versprochene Leistung die Regeln des Mietvertrages Anwendung finden. Gleiches muß auch für den im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Abfindungsvergleich gelten. Auch für diesen sind in erster Linie die Normen des zugrundeliegenden gesellschaftsrechtlichen Grundgeschäftes anwendbar.³⁾

1) Hueck § 6 II 3, S. 52 m.w.N.

2) Vgl. insbes. Hoeniger, S. 28.

3) Die Regeln anderer im besonderen Schuldrecht geregelter Vertragstypen können u.U. analoge Anwendung finden; die analoge Anwendung schenkungsrechtlicher Bestimmungen soll daher in einem weiteren Kapitel untersucht werden.

Aus einer solchermaßen vorgenommenen Einordnung der Buchwertklausel folgt als Zwischenergebnis die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit der Schenkungsanfechtung nach der KO und dem AnfG, zumindest in der Form der unmittelbaren Anwendung auf diese Vereinbarungen. Da nämlich der Gesellschaftsvertrag i.d.R. nicht auf die unentgeltliche Übertragung von Vermögenswerten gerichtet ist, muß dies auch für die als Hilfgeschäft bezeichnete Abfindungsklausel gelten. Die hierin versprochene Leistung ordnet sich dem Typus des Grundgeschäftes unter.

Noch aus einem weiteren Grund scheidet eine Schenkungsanfechtung der Abfindungsklausel aus. Der Vergleich wird nämlich wegen des Erfordernisses des gegenseitigen Nachgebens den gegenseitigen und damit den entgeltlichen Verträgen zugerechnet.¹⁾ Eine Einordnung der Buchwertklausel unter den Begriff der unentgeltlichen Verfügung kommt daher nicht in Betracht. Damit scheidet die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 32 KO, 3, I Nr. 3 AnfG aus.

1) RGZ 93, 290; BGHZ 16, 388 (392); Enneccerus-Lehmann § 198, II; Soergel-Mormann, § 779, Rdnr. 3; Staudinger-Brändl, § 779, Rdnr. 9; RGRK-Steffen § 779, Rdnr. 20; a.A. Esser, § 91, III 3.

IV. Klauseldifferenzierungen

Bisher wurde lediglich festgestellt, daß die für alle Gesellschafter geltende Buchwertklausel als Vergleich zu bezeichnen ist. Es stellt sich die Frage, ob die Rechtsnatur solcher Buchwertklauseln anders zu beurteilen ist, die lediglich für einen oder mehrere, nicht aber für alle Gesellschafter gelten.

Von der Rechtsprechung¹⁾ und der überwiegenden Meinung in der Literatur,²⁾ die Abfindungsklauseln grundsätzlich als entgeltliche, aleatorische Verträge einordnen, werden solche Klauseln als Schenkung bezeichnet, die entweder nach der Vereinbarung oder aufgrund besonderer Umstände, zum Beispiel bei hohem Alter oder Krankheit, offenbar von dem Ausscheiden eines bestimmten Gesellschafters ausgehen.

Diese Ansicht ist abzulehnen, da auch bei solchen Klauseln eine Schenkung mangels Zuwendungsgegenstandes ausscheidet.

Fraglich ist aber, ob auch die nur einzelne oder einen einzigen Gesellschafter betreffende Buchwertklausel als Vergleich einzuordnen ist. Es könnte an dem Merkmal des gegenseitigen Nachgebens mangeln, wenn nur diese Gesellschafter eine Vermögenseinbuße in Form des verminderten Abfindungsanspruchs erleiden würden. Auch in diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, daß es keinen, nach § 738, I 2 berechneten Abfindungsanspruch an sich gibt, der durch die Abfindungsvereinbarung gemindert wird. Es ist

1) BFH BStBL 1953 III, 199 (200 f.); BGHZ 22, 186 (194).

2) Erman-Bartholomeyczik § 1375, Anm. 4 b; Goroncy, S. 142 ff.; Staudinger-Ferid § 2303, Vorbem. 135.

vielmehr davon auszugehen, daß die Gesellschafter bei dieser Vereinbarung eine einzelne von vielen möglichen Klauseln gewählt haben, wobei das Spektrum denkbarer Klauseln von dem Abfindungsausschluß bis zur Festlegung eines bestimmten Bewertungsverfahrens reicht. Insbesondere die Buchwertklausel stellt hierbei einen Kompromiß her, bei dem, gemessen an den dargestellten Extrem Lösungen, beide Seiten nachgegeben haben.

Dies aber gilt auch für solche Klauseln, die nur einen einzelnen Gesellschafter betreffen.

Weiter ist fraglich, wie der völlige Ausschluß von Abfindungsansprüchen zu beurteilen ist.

Einschränkend ist jedoch zu vermerken, daß sich die praktische Bedeutung dieser Klausel weitgehend auf das Ausscheiden im Todesfall, insbesondere bei Familiengesellschaften, beschränkt.¹⁾ Der Grund hierfür besteht darin, daß ein für alle Ausscheidensfälle vorgesehener Abfindungsausschluß zu Lasten aller Gesellschafter²⁾ in aller Regel den Interessen der Gesellschafter widerspricht. Zum einen wären sie als Folge einer solchen Vereinbarung auf Dauer an die Gesellschaft gebunden, da sie bei einem vorzeitigen Austritt ihre gesamte vermögensrechtliche Stellung innerhalb der Gesellschaft aufgeben müßten. Zum anderen wäre die Gefahr gegeben, daß einzelne Gesellschafter ohne finanzielles Risiko auf das Ausscheiden oder sogar den Ausschluß anderer Gesellschafter hinwirken.

1) Vgl. Knöchlein DNotZ 1960, 452 (457).

2) Einzelne oder ein einzelner Gesellschafter wird sich, soweit ihnen der Anteil nicht schenkweise zugewendet wurde, einer solchen Klausel nicht unterwerfen.

Außerdem würden sich als Folge eines Abfindungsausschlusses negative Auswirkungen auf die Bereitschaft der Gesellschafter zu einer für die finanzielle Lage der Gesellschaft besonders wichtigen Rücklagenbildung ergeben. Alle Beteiligten würden vielmehr auf eine sofortige Auszahlung erwirtschafteter Gewinne drängen, um bei einem eventuellen Austritt die sich aus dem Abfindungsausschluß ergebenden Vermögensverluste möglichst gering zu halten.

Darüber hinaus kommt es auf die praktische Relevanz dieser Klauseln, auch wenn sie im Einzelfall einmal in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden sollten, nicht an.

Die h.M.¹⁾ hält sie nämlich aus zutreffenden Gründen für unwirksam.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß sich die Gesellschafter sämtlicher wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit über den vorzeitigen Austritt aus der Gesellschaft begeben würden. Aus diesem Grunde ist die Klausel nach § 138, I unwirksam.²⁾ Darüber hinaus hat der völlige Abfindungsausschluß auch die Wirkung einer unzulässigen Kündigungsbeschränkung, da die Gesellschafter im Falle des Austritts ihre gesamte vermögensrechtliche Stellung in der Gesellschaft verlieren würden.

Dies bedeutet einen Verstoß gegen § 723, III.³⁾

1) Knöchlein, a.a.O., S. 455 m.w.N.; Westermann, Rdnr. 449; einschränkend Heckelmann, S. 112.

2) Vgl. insbes. Knöchlein, a.a.O.

3) So vor allem Westermann, Rdnr. 450.

Im folgenden soll daher die rechtsgeschäftliche Einordnung eines Abfindungsausschlusses untersucht werden, der für den Fall des Todes eines, mehrerer oder aller Gesellschafter Geltung hat.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal darauf hinzuweisen, daß der Abfindungsanspruch das Surrogat des als Folge des Ausscheidens aufgelösten Geschäftsanteils ist.

Für einen Gesellschafter, der einen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Form einer Gewinnbeteiligung und eines Anteils am Liquidationserlös hat, ist diese Umwandlung der Beteiligung in einen schuldrechtlichen Anspruch zwangsläufige Folge des Austrittes.¹⁾

Wenn aber durch die Vereinbarung eines Abfindungsausschlusses die Umwandlung des Anteils am Gesellschaftsvermögen in den Abfindungsanspruch verhindert wird, liegt der Fall des Ausscheidens mit den in § 738, I geregelten Folgen nicht vor. Wie bereits erwähnt, gehört nämlich die Umwandlung dieses Anteils in einen Abfindungsanspruch zum nicht dispositiven Teil des § 738, I.

Was aber geschieht in diesem Fall mit ihr? Die Erben erwerben sie nicht, da für deren unmittelbare Nachfolge

1) Etwas anderes gilt selbstverständlich für einen Gesellschafter, der keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen hat, d.h. der seine Einlage unentgeltlich und endgültig geleistet hat. Dieser Gesellschafter ist weder an den erzielten noch an den thesaurierten Gewinnen beteiligt. Da er die Beiträge endgültig geleistet hat, braucht er nicht bei einer Kündigung abgefunden zu werden, da er auch bei einer Auflösung der Gesellschaft nichts erhalten würde, vgl. Nitschke § 17 III, S. 344. Dies ergibt sich schon aus § 738, I 2. Ein vertraglicher Abfindungsausschluß schafft insoweit keine besondere Situation.

in die Mitgliedschaft eine besondere gesellschaftsvertragliche Klausel erforderlich ist.¹⁾ Der Anteil am Reinvermögen kann also nur auf die verbleibenden Gesellschafter übergehen. Wiedemann²⁾ stellt hierzu zutreffend fest, daß für die Zuwendung der Beteiligung im Todesfall zugunsten der übrigen Gesellschafter die bloße Beseitigung des Abfindungsanspruchs ausreichend ist, soweit alle restlichen Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalanteile begünstigt werden sollen. Eine zusätzliche, auf die Übertragung der Mitgliedschaft gerichtete Klausel ist nicht erforderlich. Im Ergebnis läßt der für den Todesfall vorgesehene Abfindungsausschluß nur die Auslegung zu, daß eine erbrechtliche Übertragung der Vermögensbeteiligung auf die verbleibenden Gesellschafter gewollt ist. Die Zweckrichtung dieser Klausel unterscheidet sich von den oben erörterten Klauseln insoweit, als durch sie eine rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft für den Todesfall erstrebt wird. Es soll im Ergebnis der Wert des Anteils am Gesellschaftsvermögen "am Erbrecht vorbeigesteuert"³⁾ und den übrigen Gesellschaftern in vollem Umfang zugeführt werden. Rechtlich geschieht dies im Wege einer durch den Tod aufschiebend bedingten Übertragung der Mitgliedschaft auf die übrigen Gesellschafter, ohne daß diese den Erben gegenüber ausgleichspflichtig sein sollen. Es wurde oben bereits erwähnt, daß der Fall des in § 738, I geregelten Ausscheidens eines Gesellschafters bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung nicht vor-

1) Vgl. Westermann, Rdz. 471.

2) Wiedemann, S. 188.

3) So Siebert, S. 9.

liegt.¹⁾ Da aber nur solche den in § 738, I 2 geregelten Abfindungsanspruch betreffende Klauseln zum Untersuchungsgegenstand gemacht wurden, soll der für den Todesfall vereinbarte Abfindungsausschluß nicht weiter erörtert werden. Insbesondere die Untersuchung der Frage, ob hierin eine Verfügung von Todes wegen zu sehen ist und sich dementsprechend aus anzuwendenden erbrechtlichen Bestimmungen Einschränkungen für eine rein gesellschaftsvertragliche Regelung ergeben,²⁾ würde den Rahmen des vorliegenden Themas sprengen.

1) Vgl. S. 104

2) Vgl. im einzelnen Knöchlein, a.a.O., S. 457 m.w.N.

V. Schutz der von Abfindungsklauseln betroffenen
Dritten durch analoge Anwendung schenkungsrecht-
licher Vorschriften im jeweiligen Einzelfall

Legt man die oben vorgenommene Einordnung von Abfindungsvereinbarungen der Ermittlung der Auswirkungen zugrunde, die sie auf die Rechtsstellung der von ihnen "betroffenen" Dritten haben, ergibt sich folgendes.

Solche Vorschriften, die die Gläubiger, die in § 2303 bestimmten Erben oder den im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehepartner eines Gesellschafters vor schenkweise erfolgenden Verfügungen schützen, sind auf Abfindungsvereinbarungen nicht anwendbar.

Hiernach scheidet ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zugunsten der Erben des verstorbenen Gesellschafters nach § 2325, I aus.

Aber auch diejenigen Schutzbestimmungen zugunsten außerhalb des Gesellschaftsvertrages stehender Dritter, deren Merkmale eine unentgeltliche Verfügung bzw. eine unentgeltliche Zuwendung beinhalten, sind unanwendbar.¹⁾ Nach dem bisherigen Ergebnis hat also der Privatgläubiger des Gesellschafters nicht die Möglichkeit, im Wege der Schenkungsanfechtung gem. § 3, I Nr. 3 AnfG oder § 32 KO die "beschränkende" Wirkung der Abfindungsvereinbarung aufzuheben.

Auch die vermögensrechtliche Stellung des im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebenden Ehepartners des verstorbenen Gesellschafters, der ebenfalls durch die Abfindungs-

1) Vgl. S. 140 f., 150.

klausel nachteilig beeinflußt wird, erfährt keinen Ausgleich durch die Hinzurechnung der eingetretenen "Beschränkung" zum Endvermögen nach § 1375, II Nr. 1.

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob die aufgrund der rechtsgeschäftlichen Einordnung von Abfindungsvereinbarungen gewonnenen Ergebnisse in allen Fällen den beteiligten Interessen gerecht werden. Ein besonders krasses Beispiel mag den Konflikt verdeutlichen. Der 80-jährige A gründet mit seinem 30-jährigen Sohn S eine OHG. A bringt als Einlage ein von ihm bisher als Einzelkaufmann geführtes Unternehmen im Werte von 5 Mio. DM ein, S lediglich seine Arbeitskraft (Jahreswert: 40.000 DM). A und S vereinbaren im Gesellschaftsvertrag für alle Ausscheidensfälle eine Abfindung zum Buchwert. Auch in diesem Fall liegen alle Voraussetzungen eines Vergleichsvertrages vor.

Die tatsächlichen Vermögenspositionen der Beteiligten innerhalb der Gesellschaft lassen es jedoch zweifelhaft erscheinen, ob hier wirklich ein gegenseitiges Nachgeben anzunehmen ist. Naheliegender ist es, den Vertragsinhalt als Ergebnis der Berücksichtigung einer Vater-Sohn-Beziehung zu sehen. Ist nämlich gesellschaftsvertraglich bestimmt, daß S als "Gewinn" lediglich eine Tätigkeitsvergütung in Höhe von 40.000 DM erhält, die er entnehmen darf und muß, ist S ein Gesellschafter ohne Kapitalanteil, der nach § 738, I 2 keinen Anspruch auf Abfindung hätte, da er auch im Falle der Liquidation der Gesellschaft nichts erhalten würde.¹⁾ Die wirtschaftlichen

1) Vgl. Nitschke § 17, V 3.

Machtverhältnisse zeigen, daß das Einverständnis des S zu der Aufnahme der Buchwertklausel in den Gesellschaftsvertrag keine "Leistung" im Sinne einer Schmälerung seiner Vermögensposition bedeutet, während A einseitig auf eine aufgrund seiner beherrschenden gesellschaftsrechtlichen Stellung durchaus durchsetzbare volle Abfindung verzichtet.¹⁾ Hinter dieser Vereinbarung wird man die Absicht der Beteiligten vermuten dürfen, dem S die volle Kapitalbeteiligung des A nach dessen Ableben unter Wert zukommen zu lassen, auch wenn dies formal in der rechtlichen Form eines Vergleichs geschieht. Insbesondere aus der Sicht der übrigen Erben wird man hier eher von einer vorweggenommenen, schenkweise erfolgenden Erbregelung sprechen müssen.²⁾

S wird im Falle des Ablebens von A an die übrigen Erben nur den Buchwert der Beteiligung von A zahlen müssen, während er unter Zugrundelegung "normaler" wirtschaftlicher Beziehungen zwischen A und S eine Abfindung zum vollen Wert der Beteiligung hätte zahlen müssen.

Wie aber kann die dargestellte Interessenlage, die die Anwendbarkeit bestimmter zugunsten Dritter bestehender Schutzbestimmungen nahelegt, mit einem aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Einordnung der zugrundeliegenden

1) Eine an sich gegebene wirtschaftliche Durchsetzbarkeit des vollen Abfindungsanspruchs darf nicht mit einer an sich gegebenen rechtlichen Vermögensposition verwechselt werden, vgl. S. 122.

2) So im Ergebnis Nitschke § 17, III, S. 350 f.

Vereinbarung gewonnenen Ergebnis, das deren Anwendbarkeit ausschließt, in Einklang gebracht werden? Bei dem Versuch einer interessengerechten Lösung der im Zusammenhang mit Abfindungsklauseln entstehenden Interessenkonflikte ist rückblickend festzustellen, daß das bisherige Ergebnis, das die Anwendung der genannten Vorschriften im Interesse "betroffener" Dritter nicht zuläßt, aufgrund einer Einordnung unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstypus gewonnen wurde.

Eine Abwägung der von Abfindungsvereinbarungen betroffenen Vermögensinteressen unter dem Gesichtspunkt der Anwendung der erwähnten Schutzbestimmungen war bisher nicht Gegenstand der Erörterungen.

Würde sich bei einem Vergleich der beteiligten Interessen und dem Sinn und Zweck der genannten zum Schutz Dritter bestehenden Vorschriften erweisen, daß ihre Anwendung auf Abfindungsvereinbarungen geboten erscheint, käme zum einen ihre analoge Anwendung in Betracht.¹⁾

Andererseits wären diese Vorschriften auch in dem Fall anwendbar, daß im Einzelfall nach den Parteivorstellungen eine unentgeltliche Zuwendung gewollt ist. Bei dem Ab-

1) Hier wird der Unterschied zu dem von Heckelmann beschrittenen methodischen Weg deutlich, der aufgrund eines Analogieschlusses zu einer schenkungsrechtlichen Einordnung von Abfindungsklauseln kommt (vgl. S. 123 f.) und daher ohne weiteres schenkungsrechtliche Vorschriften auf diese Klauseln anwenden kann.

findungsvergleich müßte es sich um eine verschleierte Schenkung handeln. Das entgeltliche Geschäft, der Abfindungsvergleich, wäre nach § 117, I als Scheingeschäft nichtig; im übrigen kämen nach § 117, II die Schenkungsbestimmungen zur Anwendung.¹⁾

Der erste Schritt eines Analogieschlusses besteht in der Feststellung einer ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücke.²⁾

Eine solche ist entgegen der von Heckelmann vertretenen Ansicht in bezug auf einen an sich gegebenen Abfindungsanspruch nicht gegeben.³⁾ Möglicherweise hat es der Gesetzgeber aber versäumt, ähnlich wie für die steuerrechtliche Behandlung in den §§ 3, I Nr. 2; 7, VII ErbStG, auch für die zivilrechtliche Behandlung von Abfindungsvereinbarungen unter dem Gesichtspunkt schutzbedürftiger Dritter

1) Vgl. a. Jaeger-Lent § 32, Anm. 12, der allerdings in den Fällen einer verschleierten Schenkung die schenkungsrechtlichen Vorschriften analog anwenden will. Aus § 117 ergibt sich jedoch eine direkte Anwendung.

2) Flume § 16, 11 c; Larenz, AT, § 4 II, S. 68.

3) Vgl. S. 124.

eine Regelung zu schaffen, die auch für die Anwachsung von Gesellschaftsanteilen die Anwendbarkeit schenkungsrechtlicher Vorschriften vorschreibt. Zwar findet im Falle des Austritts von Gesellschaftern keine Übertragung von Geschäftsanteilen auf die übrigen Gesellschafter statt, so daß diese als Zuwendungsgegenstand eines schenkungsrechtlichen Veräußerungsgeschäftes ausscheiden.¹⁾

Andererseits vollzieht sich aber bezüglich dieser Anteile eine Wertverschiebung in der Weise, daß sich durch den Wegfall der Berechtigungen eines Gesellschafters die Gewinnbezugsrechte und die Anteile am Liquidationserlös zugunsten der verbleibenden Gesellschafter erhöhen.

Es stellt sich die Frage, ob auf die so festgestellte Lücke die den Vorschriften der §§ 1375, II Nr. 1; 2325, I; 3, I Nr. 2 AnFG; 32 KO innewohnenden Wertungsgesichtspunkte wegen der vergleichbaren Interessenlage Anwendung finden können.

Gemeinsamer Zweck dieser Vorschriften ist es, bestimmte Personen vor freigiebigen Zuwendungen ihres Schuldners, Ehepartners bzw. Erblassers an Dritte zu schützen.

Auf den Abfindungsanspruch bezogen, sollen die Bestimmungen davor schützen, daß der Anspruch insgesamt bzw. ein Teil hiervon den genannten Personen entzogen wird.

Abfindungsvereinbarungen würden den Schutzzweck berühren, wenn sie einen an sich, d.h. ohne diese Vereinbarung bestehenden Anspruch schmälern würden. Es wurde aber bereits ausgeführt,²⁾ daß kein in § 738, I 2 bestimmter Abfindungsanspruch an sich existiert. Die Abfindungsvereinbarung

1) Vgl. S. 105.

2) Vgl. S. 122.

selbst bestimmt erst die Höhe dieses Anspruchs. Damit kann den genannten Personen durch die Abfindungsvereinbarung auch nichts entzogen werden.

Eine vergleichbare Interessenlage als Voraussetzung einer analogen Anwendung der Schutzbestimmungen auf Abfindungsvereinbarungen liegt nicht vor.

Eine Lösung, die den im Einzelfall bestehenden besonderen Interessenkonflikten zwischen den Erben des verstorbenen Gesellschafters und den das Unternehmen fortführenden Gesellschaftern gerecht wird, läßt sich der Vorschrift des § 117 entnehmen. Danach muß in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände geprüft werden, ob in der äußeren Form eines Abfindungsvergleichs eine Regelung getroffen wurde, die nach der Absicht der Beteiligten eine schenkweise erfolgende Verfügung in bezug auf die Mitgliedschaft beinhaltet. Bei dem Abfindungsvergleich würde es sich um eine verschleierte Schenkung handeln. Gem. § 117, II fänden hierauf die für eine Schenkung bestehenden Vorschriften Anwendung.

Allgemeine Grundsätze und Kriterien, bei deren Vorliegen sich eine Abfindungsvereinbarung als verschleierte Schenkung darstellt, lassen sich nur schwer bestimmen. Dennoch wird man folgende Indizien für Abfindungsvereinbarungen, die von einem Interessengegensatz und damit dem für einen Vergleich maßgeblichen Merkmal des gegenseitigen Nachgebens gekennzeichnet sind, aufstellen können.

Solche Abfindungsklauseln, die alle Gesellschafter in gleicher Weise betreffen und die darüber hinaus für alle Ausscheidensfälle Gültigkeit besitzen, werden sich in aller Regel aus gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten erge-

ben. Die einzelnen Gesellschafter treffen lediglich die Regelung, die für den jeweiligen Personenzusammenschluß den adäquaten Ausgleich zwischen den vermögensrechtlichen Individualinteressen eines ausscheidenden Gesellschafters und dem Verbandsinteresse an der Erhaltung der Vermögenssubstanz bildet. Eine Gewähr für eine Vereinbarung, bei der jeder einzelne die seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung gemäßen Vermögensinteressen verfolgt und keine freigiebigen Zuwendungen macht,¹⁾ besteht bei Klauseln, deren Regelungsgegenstand widerstreitende Interessen sind. Während bei einer Liquidation alle Gesellschafter das gleiche Interesse an einer möglichst umfangreichen Auskehrung des Gesellschaftsvermögens haben, stehen den Interessen des Ausscheidenden an einer hohen Abfindung die Erhaltungsinteressen der das Unternehmen fortführenden Gesellschafter gegenüber.

Daß den genannten Abfindungsklauseln, zumindest im Regelfall, keine freigiebige Zuwendungsabsicht zugrundeliegt, wird vor allem dann deutlich, wenn man die Situation betrachtet, die sich für einen neu in die Gesellschaft Eintretenden darstellt. Enthält deren Gesellschaftsvertrag eine für alle Gesellschafter geltende Buchwertklausel, besteht für den Neueintretenden kaum die Möglichkeit, die denkbare Maximalforderung, d.h. eine Abfindung zum vollen Wert seines Geschäftsanteils durchzusetzen. Von allen denk-

1) Der Schutz bestimmter Personengruppen vor freigiebigen Zuwendungen ist der gemeinsame Grundgedanke der Vorschriften der §§ 1375, II Nr. 1; 2325, I; 3, I Nr. 3 AnfG; 32 KO, vgl. Jaeger-Lent § 32, Einl. für § 32 KO; weitergehend Gernhuber in MK § 1375, Rdnr. 3, der im Zusammenhang mit § 1375 von dem Schutz vor "illoyalen" Vermögensminderungen spricht.

baren Lösungen, d.h. ausgehend von einem Ausschluß der Abfindung bis zur Abfindung in der in § 738, I 2 bestimmten Höhe, wird auch der Neueintretende sich mit den Gesellschaftern im Wege gegenseitigen Nachgebens auf eine Lösung einigen müssen, die einen Ausgleich der beteiligten Interessen bewirkt.

Aber auch in dem Fall, daß eine Klausel für alle Ausscheidensfälle den Abfindungsanspruch nur eines Gesellschafters "beschränkt", kann nur beim Vorliegen besonderer Umstände eine verschleierte Schenkung angenommen werden. Auch eine solche Abfindungsklausel kann ohne weiteres das Ergebnis eines Interessenausgleichs sein, sei es, daß z.B. diesem Gesellschafter die Einlagepflicht erlassen wurde, sei es, daß er als Ausgleich für die Abfindungsbeschränkung eine im Verhältnis zu seiner Einlage besonders hohe Gewinnbeteiligung erhalten hat. Generell wird man auch bei solchen Klauseln wegen des vorliegenden Interessengegensatzes der Beteiligten annehmen müssen, daß die Abfindungsbeschränkung eines einzelnen Gesellschafters "in dem Gesamtverhältnis von Leistung und Gegenleistung begründet ist", ¹⁾ so daß der Nachweis der Absicht einer freigiebigen Zuwendung im Ausscheidensfall nur auf das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalles gestützt werden kann.

Von solchen Abfindungsklauseln, die für alle Ausscheidensfälle Gültigkeit besitzen, sind solche zu unterscheiden, die die Höhe der Abfindung für besondere Ausscheidensgründe regeln. Hierunter fallen solche Klauseln, die Beschränkungen von Abfindungsansprüchen nur für den Fall der Gläubigerkündigung vorsehen. Für sie scheidet der Gegensatz der

1) So Westermann, Rdz. 446.

beteiligten Interessen als Gewähr für einen Interessenausgleich aus. An einer solchen gesellschaftsvertraglichen Regelung werden alle Gesellschafter ein Interesse haben, da durch sie das Gesellschaftsvermögen vor dem Zugriff außenstehender Dritter geschützt wird.

Für diese Klauseln ist jedoch die Frage, ob wegen der Annahme einer verschleierte Schenkung bzw. einer verschleierte Verfügung die Anwendung der §§ 3, I Nr. 2 AnfG; 32 KO geboten ist, wegen der bereits nach § 138, I gegebenen sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung ohne praktische Bedeutung.¹⁾

Auch solche Abfindungsklauseln, die nur den Todesfall eines Gesellschafters betreffen, können nicht ohne weiteres als verschleierte Schenkung bezeichnet werden. Auch in diesem Fall besteht zumindest grundsätzlich eine Gewähr dafür, daß die Gesellschafter in dem Umfang, der ihrer Stellung in der Gesellschaft entspricht, ihre vermögensrechtlichen Interessen wahrgenommen haben.

Rittner²⁾ stellt in diesem Sinne zutreffend fest, daß die Frage, wieviel Vermögen der einzelne Gesellschafter seinen Erben hinterlassen kann, für ihn nicht nur moralische Bedeutung hat. Auch für diesen Regelungsbereich wird er die seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft entsprechende Position durchsetzen. Es geht also auch hierbei um die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen.

Etwas anderes muß jedoch in bestimmten Sonderfällen gelten, in denen aufgrund bestimmter Umstände der Verdacht nahe liegt, daß in der Form einer Abfindungsvereinbarung eine

1) Vgl. S. 21, Fn. 1 m.w.N.

2) Rittner FamRZ 1961, 505 (513)

vorweggenommene erbrechtliche Regelung erfolgen soll. Häufig wird dies das Motiv bei Familiengesellschaften sein, bei denen die Abfindungsbeschränkung bestimmten Familienangehörigen zugute kommt. Ein besonders krasses Beispiel bildet der oben¹⁾ erwähnte Fall eines einseitigen "Verzichts" auf eine Abfindung zum wahren Wert der Beteiligung zugunsten des als Nachfolger vorgesehenen Sohnes.

Allgemein wird man sagen können, daß solche Abfindungsklauseln, die offensichtlich auf einen bestimmten Gesellschafter in der Absicht zugeschnitten sind, dessen Gesellschafterstellung einem Angehörigen zukommen zu lassen, ohne daß dies mit im Verhältnis zum tatsächlichen Wert des Gesellschaftsanteils vergleichbaren Belastungen in Form von Abfindungszahlungen an die übrigen Erben verbunden ist, zur Verhinderung der Realisierung von Pflichtteilsansprüchen bzw. eines Zugewinnausgleichs geschlossen werden. Solche Klauseln sind nicht als auf den Unternehmenszweck bezogene Hilfsgeschäfte zu verstehen, die der Erhaltung der Gesellschaft und der Verhinderung von Streitigkeiten dienen sollen.²⁾ Der Regelungsgegenstand dieser Vereinbarungen ist tatsächlich die Mitgliedschaft, die auf einen bestimmten Gesellschafter übertragen werden soll.

Dies geschieht in der Form eines Vergleichs, während tatsächlich eine Schenkung auf den Todesfall gewollt ist.³⁾

Es handelt sich um eine verschleierte Schenkung.⁴⁾

1) Vgl. S. 158.

2) Vgl. S. 145.

3) Das Formproblem des § 2301, I tritt dann nicht auf, wenn man mit der überwiegenden Ansicht annimmt, daß ein aufschiebend durch den Tod bedingter Erlaßvertrag ein lebzeitig erbrachtes Vermögensopfer darstellt, vgl. OLG Hamburg, NJW 1961, 76; Ehlers JR 1950, 86; Nitschke, S. 348; Palandt-Keidel § 2301, Anm. 3 a; Stachels JR 1949, 383 (386); a. A. OLG Stuttgart JR 1949, 383 (385); Soergel-Reimer § 397, Anm. 4.

4) Vgl. a. Rittner FamRZ 1961, 505 (513).

Der nur der Form nach abgeschlossene Vergleich ist nach § 117, I nichtig, gem. § 117, II findet auf solche Klauseln Schenkungsrecht Anwendung.¹⁾ Wegen des im Verhältnis zur Schenkung weiteren Merkmals der unentgeltlichen Zuwendung in § 1375, II Nr. 1 und der unentgeltlichen Verfügung der §§ 32 KO, 3, I Nr. 3 AnfG sind diese Vorschriften ebenfalls anwendbar.²⁾

Eine solche Lösung nach den Grundsätzen der verschleierte Schenkung bietet im Gegensatz zu der von Heckelmann vertretenen prinzipiellen analogen Anwendung von Schenkungsbestimmungen auf Abfindungsklauseln den Vorzug, daß sie nicht zu einer völligen Entwertung von Abfindungsvereinbarungen führt. Durch eine unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles vorgenommene analoge Anwendung der genannten Schutzbestimmungen würde im Ergebnis der Gedanke der Unternehmenskontinuität weitgehend zurücktreten, da entgegen der Intention der Gesellschafter eine Liquidierung von Betriebsmitteln zur Erfüllung der Ansprüche Dritter häufig unvermeidbar sein wird.³⁾ Der BGH⁴⁾ hat aber durchaus zutreffend die wirtschaftliche Rechtfertigung von

1) RGZ 29, 265 (266); 98, 124 (129); BGH FamRZ 1961, 72 (73) Jaeger-Lent § 32, Anm. 12.

2) Vgl. S. 26 f.

3) Ziegler, S. 153, ist zudem der Auffassung, daß sich eine analoge Anwendung der Anfechtungstatbestände der KO und des AnfG verbietet.

4) BGH BB 1975, 1177.

Abfindungsklauseln mit dem Hinweis auf die Liquiditätsschonung des Unternehmens in bemerkenswert deutlicher Form anerkannt. Ähnlich den vom BGH aufgestellten Grundsätzen einer Abwägung der beteiligten Interessen im Einzelfall für die Prüfung der Wirksamkeit von Abfindungsklauseln gegenüber Privatgläubigern der Gesellschafter gem. § 135 HGB ist auch bei der Frage der Anwendung schenkungsrechtlicher Schutzbestimmungen zu verfahren. Hierfür bietet die Untersuchung der einzelnen Klausel unter dem Gesichtspunkt einer verschleierte Schenkung ein geeignetes Instrumentarium.

C. Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Typus der Bilanzfeststellungen

Nachdem im ersten Abschnitt eine vertragliche Grundlage für die Berechnung der endgültigen Höhe des Abfindungsanspruchs unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstyp eingeordnet wurde und die Rechtsfolgen dieser Kategorisierung aufgezeigt wurden, soll im folgenden das gleiche für die zweite rechtserhebliche Berechnungsgrundlage von Abfindungsansprüchen, die Bilanzfeststellung, geschehen.

I. Vertragscharakter der Bilanzfeststellung

Es wurde bereits festgestellt, daß im Gegensatz zur Bilanzaufstellung die Feststellung der Bilanz Vertragscharakter besitzt.¹⁾ Dies wird seit den Ausführungen Buchwalds²⁾ zum Inhalt der Bilanzvereinbarung von niemandem mehr in Frage gestellt. Insbesondere auch in der Rechtsprechung hat sich diese Auffassung durchgesetzt. Während das RG noch ziemlich unklar teilweise von einem "Anerkenntnis" der Bilanz,³⁾ dann aber wieder von ihrer "Genehmigung"⁴⁾ sprach, hat der BGH⁵⁾ ausdrücklich festgestellt, daß die Feststellung und Mitteilung der endgültigen Bilanz einer Personengesellschaft ein rechtsgeschäftliches Schuldanerkenntnis i.S. der §§ 781, 782 darstellen. Durch diese rechtsgeschäftliche Fixierung der einzelnen in die Bilanz aufgenommenen

1) Vgl. S. 18.

2) Buchwald JR 1948, S. 65 ff.

3) Bolze Bd. 12 Nr. 503, S. 283.

4) RG JW 1903, 28 (29).

5) BGH WM 1960, 187 (188).

Rechnungsposten nach Art und Höhe soll im Verhältnis der Gesellschafter untereinander eine verbindliche Feststellung z.B. des erwirtschafteten Jahresgewinns, der zur Verteilung kommen soll, erfolgen.¹⁾

Das setzt voraus, daß sämtliche Gesellschafter an der rechtsgeschäftlichen Feststellung der Bilanz beteiligt werden.

Hierzu im Widerspruch steht die zum Teil in der Literatur vertretene Ansicht, die Kommanditisten nicht nur von dem Vorgang der Bilanzaufstellung, sondern auch von der Bilanzfeststellung auszuschließen.

Deutlich wird dies bei den Ausführungen Westermanns,²⁾ der einerseits die Bilanzfeststellung als vertragliche Vereinbarung aller Gesellschafter bezeichnet, andererseits ein Mitwirkungsrecht und eine Pflicht der Kommanditisten bei der Bilanzfeststellung ablehnt. Als Begründung dient der Hinweis auf die im Interesse einer Selbstfinanzierung des Unternehmens besonders wichtige Entscheidungsbefugnis der Komplementäre über die Bildung stiller Reserven z.B. durch eine bewußte Unterbewertung des Anlage- und Umlaufvermögens in den Grenzen der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und vorgeschriebener Bilanzierungsgrundsätze.

Eine solche Selbstfinanzierung wäre bei Annahme eines Mitwirkungsrechts der Kommanditisten bei der Bilanzfeststellung angesichts ihres gesetzlichen Anspruchs auf Auszahlung des vollen Gewinnanteils (§ 169 HGB) nicht möglich.

1) Vgl. S. 18.

2) Westermann, Rdz. 302 u. 870.

Auch bei Hueck¹⁾ kommt die gleichzeitige Annahme einer in der Bilanzfeststellung liegenden vertraglichen Vereinbarung und der Ablehnung eines Mitwirkungsrechtes der Kommanditisten an diesem Vorgang zum Ausdruck. Hueck vertritt die Auffassung, daß an der endgültigen Feststellung der Bilanz nur die Gesellschafter beteiligt sind, die die Bilanz gem. § 41 HGB zu unterzeichnen haben. Diese öffentlichrechtliche Verpflichtung nach § 41 HGB aber beschränkt sich auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KG. Andererseits bezeichnet auch Hueck die Bilanzfeststellung als Schuldanerkenntnis i.S. der §§ 780, 781.

Auf die Widersprüchlichkeit dieser Ansicht hat insbesondere Ulmer²⁾ hingewiesen. Ulmer³⁾ stellt zutreffend fest, daß die auch von Westermann und Hueck anerkannten Funktionen der Bilanzfeststellung, die nur mittels eines für alle Gesellschafter verbindlichen Vertrages erfüllt werden können, und der gleichzeitige Ausschluß der Kommanditisten unvereinbare Gegensätze beinhalten.

Besonders deutlich wird dies angesichts der durch die Bilanzfeststellung erfolgenden vertraglichen Fixierung der Berechnungsgrundlage für die sämtlichen Gesellschaftern zustehenden Gewinnansprüche. Diese Vereinbarung kommt in ihrer Bedeutung für die einzelnen Gesellschafter einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages nahe. Daher ist m.E. der Ansicht von Ulmer insoweit zuzustimmen, daß diese Vereinbarung keine Geschäftsführungsmaßnahme darstellt, sondern auf der Gesellschafterebene liegt. Aus diesem Grunde bedarf sie der gegenseitigen Anerkennung aller Gesellschafter, auch der Kommanditisten.⁴⁾

1) Hueck § 17 I 2, S. 242 u. § 17 I 4 (Fn. 7), S. 243.

2) Ulmer, Strukturen, S. 207 (208 ff.).

3) Ulmer, a.a.O., S. 216.

4) Vgl. Ulmer, a.a.O., S. 215.

Diesen Widerspruch versucht man offensichtlich dadurch zu umgehen, daß man in der der eigentlichen Bilanzfeststellung nachfolgenden Mitteilung an die Kommanditisten ein Schuld-
anerkennnis der übrigen Gesellschafter sieht.¹⁾ Mit dieser Einschätzung der Bilanzfeststellung ist aber ihre Funktion als allseits verbindliche Festlegung ihrer Wertansätze und der Fixierung bestimmter Ansprüche, z.B. auf Auszahlung des dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Gewinnanteils, unvereinbar. Dies hätte darüber hinaus die sicher sachwidrige Konsequenz, daß auch die festgestellte Bilanz für die Kommanditisten nicht verbindlich wäre, so daß sie sie auch längere Zeit nach der Feststellung unabhängig vom Vorliegen bestimmter Einwendungen, z.B. der §§ 119, 123, noch angreifen könnten.²⁾

Im Ergebnis muß daher ein Mitwirkungsrecht der Kommanditisten bei der Bilanzfeststellung in Form einer vertraglichen Annahmeerklärung angenommen werden, sofern die Bilanzfeststellung die ihr zugewiesenen Funktionen tatsächlich erfüllen soll.

Auch die von Westermann und Hueck angeführten Bedenken können m.E. auf der Grundlage dieses Ergebnisses berücksichtigt werden.

Auch bei Annahme einer Beteiligung der Kommanditisten an der Bilanzfeststellung läßt sich entgegen der Befürchtung von Westermann ein entscheidender Einfluß der geschäftsführenden Komplementäre auf die Bilanzpolitik im Inter-

1) Vgl. Huber, S. 342 (Fn. 75).

2) So aber Westermann, Rdz. 870, der diese unsachgemäße Konsequenz mit dem Hinweis auf eine Treuepflicht des Kommanditisten, die Bilanz in einer angemessenen Frist anzuerkennen oder sie zu rügen, ausschließt; der Begriff der Angemessenheit ist jedoch im Verhältnis zu der oben vertretenen Ansicht, bei der der Zeitpunkt einer verbindlichen Feststellung fixiert ist, weniger konkret und wird Anlaß zu Streitigkeiten geben.

esse einer Rücklagenbildung und einer damit verbundenen Verkürzung der auszuzahlenden Gewinnansprüche erreichen. Diese Möglichkeit eröffnet sich aus der Zugrundelegung einer ausschließlich dem oder den Komplementären vorbehaltenen Bewertungskompetenz im Rahmen der Bilanzaufstellung, die lediglich in den hierzu ergangenen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und den GoB ihre Grenze findet.

Tatsächlich ist die mit der Bilanzaufstellung untrennbar verbundene Bewertung des Anlage- und Umlaufvermögens und eventuell, z.B. wegen sich abzeichnender besonderer Geschäftsrisiken, vorzunehmende Sonderabschreibungen, die sich ebenfalls gewinnmindernd auswirken, im Gegensatz zur Bilanzfeststellung als reine Geschäftsführungsmaßnahme zu bezeichnen.¹⁾ Den Kommanditisten verbleibt es, die dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag entsprechende Bilanzaufstellung festzustellen. Die einzelnen Bilanzansätze können sie nicht mißbilligen.

Auch der Hinweis von Hueck²⁾ auf § 41 S. 2 HGB spricht nicht gegen eine Beteiligung der Kommanditisten an der Bilanzfeststellung. Hueck weist selbst darauf hin, daß es sich bei der in § 41 HGB normierten Pflicht zur Unterzeich-

1) Ulmer, a.a.O., S. 218.

2) Hueck § 17 I 2.

nung der Bilanz um eine solche mit öffentlichrechtlichem Charakter handelt. Dieser Vorschrift sind daher keine Aussagen über die Beteiligten der privatrechtlichen Bilanzfeststellung zu entnehmen. Die Ansicht, die in der Bilanzfeststellung ausschließlich eine Aufgabe der Komplementäre sieht und die kaum mit der Auffassung vom Vertragscharakter der Bilanzfeststellung in Einklang zu bringen ist, ist abzulehnen. An der Natur der Bilanzfeststellung als eines unter sämtlichen Gesellschaftern abgeschlossenen Vertrages bestehen daher keine Zweifel.

II. Einordnung dieses Vertrages unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstypus

Äußerst umstritten ist dagegen scheinbar die Einordnung der Bilanzfeststellungen unter einen bestimmten Rechtsgeschäftstypus. Es wurde bereits auf die unterschiedlichen Auffassungen hingewiesen,¹⁾ wonach sie teilweise als abstraktes Schuldanerkenntnis, teilweise als deklaratorisches Schuldanerkenntnis bzw. als Feststellungsvertrag eingeordnet werden. Auch die unterschiedlichen Folgen für mögliche Einwendungen einzelner Gesellschafter gegen die bereits festgestellte Bilanz, die sich aus der rechtsgeschäftlichen Einordnung in der einen oder anderen Form ergeben, wurden in diesem Zusammenhang erörtert. Im folgenden sollen die bisher vertretenen Auffassungen daraufhin untersucht werden, ob sie den an Bilanzfeststellungen gestellten wirtschaftlichen Anforderungen der Praxis gerecht werden.

1. Wirtschaftlicher Zweck

Untersucht man die Rechtsnatur eines bestimmten Vertrages, so erscheint es angebracht, den mit diesem Vertrag verfolgten wirtschaftlichen Zweck zu berücksichtigen, da die Bestimmung der Rechtsnatur nicht dazu führen darf, daß die mit dem Vertrag verfolgte wirtschaftliche Zweckerreichung vereitelt wird.²⁾ Dies würde einen Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie bedeuten.

1) Vgl. S. 28.

2) So a. Riegger, S. 117 f.

Aus diesem Grunde sind die Jahresbilanz und die Auseinandersetzungsbilanz getrennt auf ihre Rechtsnatur hin zu untersuchen, wobei sich die Frage, welche der beiden Bilanzen der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde zu legen ist, nach dem Inhalt der Abfindungsvereinbarung richtet.

Die reguläre Jahresbilanz und die als Sonderbilanz bezeichnete Abschichtungsbilanz verfolgen nämlich vollkommen unterschiedliche wirtschaftliche Ziele.

Die Abschichtungsbilanz dient ausschließlich dem Zweck der verbindlichen Bestimmung der Höhe des Abfindungsanspruchs durch eine vertragliche Fixierung des wahren Wertes des Gesellschaftsvermögens. Hierbei sind die einzelnen aktivierungspflichtigen bzw. aktivierungsfähigen Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens unter Einbeziehung des Geschäftswertes nach ihrem wahren Wert, d.h. also unabhängig von den Ansätzen in der letzten Jahresbilanz, einzustellen. Die Feststellung dieser Bilanz stellt eine Einigung über die Höhe der Abfindungszahlung dar, weil dieser Betrag auf der Passivseite als Kapitalanteil des Ausscheidenden erscheint.

Zwar wird auch im Rahmen der Feststellung der Jahresbilanz eine Bewertung der Aktiven und Passiven vorgenommen. Dies geschieht aber nicht, wie bei der Abschichtungsbilanz, wie dem Ziel der Bestimmung des "wahren" Wertes des Gesellschaftsvermögens. Die Aufstellung und Feststellung der Jahresbilanz dienen vielmehr der Ermittlung des durch die Geschäftstätigkeit während des jeweiligen Jahres erzielten Betriebsergebnisses.¹⁾ Damit führt die Einigung der Gesell-

1) Vgl. S. 16.

schafter über die einzelnen Wertansätze der Vermögensgegenstände und die Bewertung der Geschäftsrisiken im Rahmen der Sonderabschreibungen im Ergebnis zu einer Abgrenzung der den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Gewinnanteile und der Bildung stiller Reserven.

Dieser Unterschied in der wirtschaftlichen Zweckverfolgung gebietet es, die Rechtsnatur der Jahresbilanz und der Auseinandersetzungsbilanz getrennt zu untersuchen, auch wenn sie im Übrigen einander entsprechende Ziele verfolgen. So dienen beide der Abgrenzung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen, indem nur die in der Bilanz und ihren Anlagen aufgeführten Wirtschaftsgüter nach dem Willen der Gesellschafter dem Gesellschaftsvermögen zuzurechnen sind, während die übrigen Gegenstände allenfalls der Gesellschaft von dem jeweiligen Gesellschaftereigentümer zur Benutzung überlassen worden sind.¹⁾ Diese der Bilanz zu entnehmende Unterscheidung ist insbesondere für die Auseinandersetzung von Bedeutung, da gem. § 738, I 2 die der Gesellschaft von dem Ausscheidenden zur Benutzung überlassenen Gegenstände nach Maßgabe der Vorschrift des § 732 in Natur zurückzugeben sind, während die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens für die Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrundegelegt sind.

Darüber hinaus stellt sich der beiden Bilanzen zu entnehmende Betrag der Kapitalkonten, denen der festgestellte Jahresgewinn hinzugerechnet wurde, als zwischen den Gesellschaftern vereinbartes Entnahmerecht dar. Bei der Jahresbilanz ist dies der Gewinn- bzw. Entnahmeanspruch nach §§ 121, 122 HGB, bei der Abschichtungsbilanz der Anspruch des Ausscheidenden auf Abfindung gem. § 738, I 2.

1) Vgl. Buchwald JR 1948, 65 (67).

2. Rechtsnatur der Feststellung der Abschichtungsbilanz

Es wurde oben bereits festgestellt, daß der wirtschaftliche Zweck der Feststellung der Abschichtungsbilanz darin besteht, durch eine verbindliche Bestimmung des Wertes des Gesellschaftsvermögens eine Einigung über die Höhe des Abfindungsbetrages zu erzielen.¹⁾ Während die Abfindungsvereinbarung z.B. durch die einvernehmliche Festlegung eines bestimmten Bewertungsverfahrens der vertraglichen Konkretisierung des Abfindungsanspruchs dient, wird derselbe wirtschaftliche Zweck mittels der Bilanzfeststellung durch eine vertragliche Fixierung der Bewertung selbst erreicht.

Es gibt mehrere, teilweise im Besonderen Schuldrecht normierte, teilweise von der Rechtsprechung bzw. der Literatur darüber hinaus entwickelte Vertragstypen, die der vertraglichen Konkretisierung einer Leistungsverpflichtung dienen. Hierzu zählen das Schuldversprechen und das Schuldanerkennnis der §§ 780, 781 als abstrakte Leistungsverprechen, das von der Rechtsprechung²⁾ entwickelte deklaratorische Schuldanerkennnis³⁾ und der Vergleich i.S.d. § 779.

Auf den ersten Blick erscheinen die Stellungnahmen der Rechtsprechung und der Literatur zur Einordnung der Bi-

1) Vgl. S. 177.

2) RG JW 1916, S. 960 Nr. 5; BGH JZ 1968, 633 (634); BGH NJW 1973, 620.

3) Ein Teil der Literatur hält diese Bezeichnung für mißverständlich, vgl. Möschel DB 1970, 913 (920); s.a. Kübler, S. 129 ff.; Marburger, S. 30 ff.

Ein Vertrag, durch den ein Schuldverhältnis dem Streit der Parteien entrückt wird, ist nach dieser Auffassung seiner Rechtsnatur nach ein kausaler Feststellungsvertrag.

lanzfeststellung unter einen dieser in Betracht kommenden Vertragstypen als kontrovers. Diesen Eindruck vermitteln zumindest die Ausführungen von Riegger,¹⁾ Ulmer²⁾ und Zunft.³⁾ Sie stellen die Behauptung auf, daß die von ihnen als herrschend eingestufte Auffassung Bilanzfeststellungen als abstraktes Schuldanerkenntnis definiert. Sie selbst lehnen diese Meinung ab und ordnen die Feststellung der Abschichtungsbilanz einem vergleichsähnlichen Feststellungsvertrag zu.

Diese Aussage bedarf unter zwei Gesichtspunkten einer Untersuchung. Zum einen ist die Frage zu klären, ob eine solche Kategorisierung der bezeichneten Bilanzfeststellung den zu dem abstrakten Schuldanerkenntnis entwickelten Grundsätzen entspricht. In diesem Zusammenhang soll gleichzeitig die von den genannten Autoren vorgenommene Interpretation der "wohl herrschenden Meinung" auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden.

Tatsächlich liegt nämlich seitens der zitierten Ansicht eine Stellungnahme speziell zur Rechtsnatur der Feststellung von Abschichtungsbilanzen gar nicht vor.⁴⁾ Vielmehr findet sich nahezu einheitlich in der Rechtsprechung und der Literatur die Formel, die Feststellung einer Bilanz sei

1) Riegger, S. 118 ff.

2) Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 52.

3) Zunft NJW 1959, 1945 (1946).

4) Eine Ausnahme bildet Hueck; dies ergibt sich aus den Ausführungen über die Einwendungen gegenüber der Bilanzfeststellung, da Hueck eine Konditionsmöglichkeit nach § 812, I, II annimmt; vgl. § 29 II 5 a, S. 458. Entgegen der Ansicht von Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 52 trifft dies für Huber nicht zu, da sich dessen Ausführungen auf die Feststellung der Jahresbilanz beschränken.

ein Schuldanerkenntnis, allerdings mit der gleichfalls übereinstimmend vertretenen Einschränkung, daß dies nur dann gelte, soweit aufgrund der Bilanzfeststellung Ansprüche der Gesellschafter entstehen.¹⁾

Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, daß sich die Aussage der sog. herrschenden Meinung gerade nicht auf die Einordnung der Feststellung der Abschichtungsbilanz bezieht. Denn weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, daß der Abfindungsanspruch eines aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz entsteht. Umstritten ist lediglich, ob der Abfindungsanspruch schon mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder erst im Zeitpunkt des Ausscheidens entsteht.²⁾ Die Feststellung der Abschichtungsbilanz begründet daher allenfalls die Fälligkeit.

1) BGH WM 1960, S. 187 (188); Fischer in Großkomm. § 120, Anm. 3; wohl auch Westermann, Rdz. 302; anspruchsbegründende Wirkung könnte die Feststellung der Jahresbilanz haben, wenn hierdurch der Anspruch auf Auszahlung des Jahresgewinns begründet wird; in diesem Sinne die h.M.; vgl. RGZ 112, 19 (23); BGH BB 1975, 1605 (1606); Hueck § 17 III 3, S. 252; a.A. Zunft NJW 1959, 1945 (1946).

2) Heckelmann, S. 26; Nitschke, S. 346, Fn. 46; Palandt-Thomas § 717, Anm. 2 c; Staudinger-Keßler § 717, Anm. 18 sind der Ansicht, daß der Abfindungsanspruch mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages entsteht; das RG in RGZ 60, S. 126 (130); Glunz, S. 203; Hinke, S. 43 und Ziegler, S. 43 sprechen von einem durch das Ausscheiden aufschiebend bedingten Recht.

Die Stellungnahmen der Rechtsprechung und der Literatur zur Rechtsnatur von Bilanzfeststellungen, insbesondere aber die aufgezeigte Einschränkung, beziehen sich daher entgegen der Interpretation von Riegger, Ulmer und Zunft nicht auf die rechtsgeschäftliche Einordnung der Abschichtungsbilanz.

a. Feststellung der Abschichtungsbilanz als abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781

Rein begrifflich setzt das abstrakte Schuldanerkenntnis voraus, daß durch die Einigung der Parteien erstmals oder zusätzlich zu einer schon bestehenden Forderung eine selbständige Leistungsverpflichtung begründet werden soll, die losgelöst von solchen bereits bestehenden Forderungen existiert.¹⁾ Durch die Entwicklung des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses bzw. des kausalen Feststellungsvertrages entstand die Notwendigkeit der Abgrenzung von dem abstrakten Schuldanerkenntnis.

Die Rechtsprechung²⁾ erkannte in dem subjektiven Element eines selbständigen Verpflichtungswillens das entscheidenden

1) RGZ 58, 200 (201); 75, 4 (5 f.); BGH VersR 1964, 1199; BGB-RGRK § 780, Anm. 1; Larenz, SchuldR II, § 65 II, S. 430 f.; demgegenüber lehnt Kübler, S. 112 ff. die Existenz des Rechtsinstituts eines abstrakten Schuldanerkenntnisses mit dem Hinweis auf das deklaratorische Schuldanerkenntnis völlig ab; dagegen hat Möschel, DB 1970, 913 (918) den zutreffenden Einwand erhoben, daß man angesichts eines ganzen Systems von Vorschriften des BGB, das von der Möglichkeit eines abstrakten Schuldanerkenntnisses ausgeht (§§ 780 ff., 812, II, 817 S. 2, 821, 364, II, 397, II, 518, I S. 2, 656, II, 762, II), die Existenz eines solchen Rechtsinstitutes nicht einfach leugnen kann.

2) BGH WM 1967, 824 (825).

de Abgrenzungskriterium. Im Gegensatz zu diesem sei das deklaratorische Schuldanerkenntnis nicht auf die Begründung einer neuen, unter Umständen zusätzlichen Verbindlichkeit, sondern auf die Bestätigung einer schon vorhandenen Schuld gerichtet.

In Übereinstimmung mit dieser in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung wird in der Literatur¹⁾ festgestellt, daß der kausale Feststellungsvertrag zumindest potentiell schuldbegründende Wirkung haben kann, soweit die Parteien den Streit oder die Ungewißheit über ein vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis beseitigen wollten.

Die Rechtsprechung²⁾ hat die potentiell schuldbegründende Wirkung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses in konsequenter Anwendung des von ihr entwickelten Abgrenzungskriteriums von dem abstrakten Schuldanerkenntnis ebenfalls anerkannt.

Soweit andererseits den Parteien übereinstimmend bekannt ist, daß ein anzuerkennendes Schuldverhältnis nicht besteht, sondern dieses erst durch die Einigung begründet werden soll, kommt ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis oder ein kausaler Feststellungsvertrag nicht in Betracht. In diesem Fall ist zwingend ein abstraktes Schuldanerkenntnis anzunehmen. Andererfalls wäre eine Abgrenzung zwischen abstraktem und deklaratorischem Schuldanerkenntnis undurchführbar.³⁾

1) Kübler, S. 110; Marburger, S. 15; Möschel DB 1970, 913 (920).

2) BGH WM 1966, 1280 (1281); 1969, 113 f.; Vers. R 1970, 945 (947).

3) So die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung und der Literatur: vgl. BGH LM § 781 Nr. 2; WM 1966, 1280 (1281); BGB-RGRK § 781, Anm.13; Möschel, a.a.O., S. 920.

Die Stellungnahme der herrschenden Meinung zur Rechtsnatur von Bilanzfeststellungen ist dementsprechend als Hinweis zu verstehen, daß von einer bestimmten Grenze an, nämlich soweit durch die Bilanzfeststellung erst ein Anspruch begründet werden soll, nur ein hierin liegendes abstraktes Schuldanerkenntnis i.S.d. § 781 anzunehmen ist. Sie entspricht damit einer sachgemäßen Einschätzung der Rechtswirkungen des abstrakten Schuldanerkenntnisses.

Für die Rechtsnatur der Feststellung der Abschichtungsbilanz ergibt sich nach dem bisher Gesagten folgendes. Der mittels der hierin liegenden Vereinbarung der Beteiligten in seiner Höhe konkretisierte Abfindungsanspruch des Ausscheidenden entsteht im Zeitpunkt des Austritts aus der Gesellschaft.¹⁾ Da also die Feststellung der Abschichtungsbilanz nicht gleichzeitig vertraglicher Entstehungsgrund eines Anspruchs ist, folgt nicht schon aus der oben vorgenommenen Abgrenzung des abstrakten vom deklaratorischen Schuldanerkenntnis die zwingend gebotene Einordnung der Abschichtungsbilanz als Vereinbarung i.S. der §§ 780, 781. Dieses Zwischenergebnis entspricht insofern auch der von Riegger und Zunft als herrschend titulierten Auffassung.

Schon an dieser Stelle ist Riegger entgegenzuhalten, daß die von ihm zitierten Stellungnahmen zur Rechtsnatur der Feststellung von Abschichtungsbilanzen kein generelles Votum für die Annahme eines abstrakten Schuldanerkenntnisses beinhalten. Es bleibt vielmehr, auch nach der rich-

1) Vgl. S. 112.

tig interpretierten Auffassung der h.M., zu untersuchen, ob nach dem erkennbaren Willen der Beteiligten durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz eine Verpflichtung der das Unternehmen fortführenden Gesellschafter begründet werden soll, die neben den als Folge des Austritts entstandenen Abfindungsanspruch nach § 738, I S. 2 als auf eigener Anspruchsgrundlage beruhend tritt. Als abstrakter Anspruch wäre diese Verpflichtung der übrigen Gesellschafter losgelöst von der Existenz eines Grundverhältnisses, d.h. von dem zugrundeliegenden Gesellschaftsverhältnis, insbesondere aber auch der Abfindungsvereinbarung, zu beurteilen.¹⁾

Zunft²⁾ lehnt einen diesbezüglichen Willen der Verpflichteten ab. Es sei "nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die Gesellschafter ein Interesse daran und einen für § 781 maßgebenden Willen dafür haben sollten, neben den Sozialverpflichtungen der Gesellschaft für sich noch eine abstrakte Verpflichtung der Gesellschafter zu schaffen."³⁾

Im Ergebnis ist Zunft bezüglich des Abfindungsanspruchs zuzustimmen. Für diesen ist ein "abstrakter" Verpflichtungswille bei der Feststellung der Auseinandersetzungs-

1) Einschränkung ist jedoch festzustellen, daß die Verselbstständigung des abstrakten Schuldanerkenntnisses an der Kondizierbarkeit gem. § 812, II i.V.m. § 812, I ihre Grenze findet, so daß bei unwirksamem Grundverhältnis ein Ausgleich stattfindet. Trotz dieser Einschränkung verbleibt jedoch ein u.U. wesentlicher Unterschied in der Beweislast, da der aufgrund des abstrakten Leistungsversprechens Verklagte darten und beweisen muß, daß dieses Versprechen ohne Rechtsgrund abgegeben wurde.

2) Zunft NJW 1959, 1945 (1946). Zunft untersucht die Frage allerdings im Zusammenhang mit der Feststellung der Jahresbilanz.

3) Zunft, a.a.O.

bilanz abzulehnen. Dies folgt aus dem besonderen Zusammenhang, in dem die gesellschaftsvertragliche Abfindungsklausel und die Feststellung der Abschichtungsbilanz zueinander stehen. Wie bereits erwähnt,¹⁾ dienen beide Vereinbarungen der Konkretisierung der nach § 738, I 2 allein nur schwer bestimmbar Höhe des Abfindungsanspruchs, die Abfindungsklausel z.B. durch die Festlegung eines bestimmten Bewertungsverfahrens, die Bilanzfeststellung durch eine vertraglich fixierte Bewertung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter. Beide Vereinbarungen beziehen sich damit untrennbar auf die Ermittlung der Höhe des dem Grunde nach in § 738, I 2 festgelegten Anspruchs.

Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang in den häufig anzutreffenden Fällen, daß Abfindungsklauseln über die Konkretisierung des Abfindungsanspruchs hinaus eine Fälligkeitsabrede enthalten. Diese bezieht sich, wie die Abfindungsklausel insgesamt, auf den in § 738, I 2 begründeten Abfindungsanspruch. Würde nun durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz ein weiterer Anspruch des ausscheidenden Gesellschafters auf der Grundlage eines abstrakten Schuldanerkenntnisses entstehen, so bestünden für diesen die aus dem Grundverhältnis folgenden Einwendungen und Einreden nicht. In der Loslösung des vereinbarten Anspruchs von seinem Grundverhältnis besteht gerade die Besonderheit des abstrakten Schuldanerkenntnisses. Damit aber würde auch die in der Abfindungsklausel enthaltene Fälligkeits-

1) Vgl. S. 177.

abrede für den abstrakten Abfindungsanspruch nur über den Umweg über die Bereicherungseinrede mit der hiermit verbundenen Beweislastumkehrung wirksam werden.

Dieses Ergebnis entspricht zweifellos nicht der mit der Feststellung der Abfindungsbilanz verfolgten Absicht der Beteiligten. Dieser Bilanzfeststellung ist daher kein selbständiger Verpflichtungswille zu entnehmen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß die Feststellung der Abschichtungsbilanz als Vertrag zwischen den das Unternehmen fortführenden Gesellschaftern und dem Ausscheidenden einzuordnen ist, daß dieser aber kein abstraktes Schuldanerkenntnis i.S. des § 781 beinhaltet.

Dieser Annahme steht die Stellungnahme der Rechtsprechung und der überwiegenden Literaturstimmen zur Rechtsnatur von Bilanzfeststellungen nicht entgegen, da sich ihre Aussage ausschließlich auf solche Bilanzfeststellungen beschränkt, die gleichzeitig Entstehungsgrund von Ansprüchen der Gesellschafter oder außenstehender Dritter sind.¹⁾

b. Kritik von Riegger

Demgegenüber ist Riegger²⁾ der Ansicht, daß die Auffassung der Rechtsprechung und der übrigen Literatur insoweit mehrdeutig ist, als ihr nicht ohne weiteres zu entnehmen ist, ob der Abfindungsanspruch erst durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz zur Entstehung gelangt oder ob durch die Feststellung der Bilanz ein "abstrakter" Abfindungsanspruch geschaffen werde, der neben den auf § 738, I S. 2 beruhenden Abfindungsanspruch trete.

1) Vgl. S. 184.

2) Riegger, S. 119.

Die Stellungnahme der von Riegger zitierten Rechtsprechung und Literatur ist aber, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, weder in dem einen noch in dem anderen Sinne zu verstehen.

Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ist jemals die Auffassung vertreten worden, erst durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz entstehe der Abfindungsanspruch nach § 738, I S. 2. Ihnen ist daher auch im Zusammenhang mit der Untersuchung der Rechtsnatur der Abschichtungsbilanz keine gegenteilige Ansicht zu unterstellen. Aber auch eine Interpretation der überwiegend zur Rechtsnatur von Bilanzfeststellungen vertretenen Meinung in dem Sinne, durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz trete neben den aufgrund § 738, I S. 2 bestehenden ein weiterer Abfindungsanspruch, ist unrichtig. Eine ausdrückliche Stellungnahme zur Rechtsnatur von Abschichtungsbilanzen ist den von Riegger zitierten Auffassungen nämlich nicht zu entnehmen. Sie enthalten vielmehr nur eine allgemeine Aussage in dem Sinne, daß bei bestimmte Ansprüche begründenden Bilanzen ein abstraktes Schuldanerkenntnis anzunehmen ist.¹⁾

Die Unrichtigkeit der von Riegger vorgenommenen Interpretation ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, daß die Rechtsprechung die Abgrenzung zwischen deklaratorischem und abstraktem Schuldanerkenntnis nach der Willensrichtung der Parteien trifft.²⁾ Ihrer Aussage zur Rechtsnatur von Bilanz

1) Vgl. S. 181, Fn. 1.

2) Vgl. S. 182, Fn. 2.

feststellungen ist daher keineswegs zu entnehmen, daß sie speziell für die Feststellung von Abschichtungsbilanzen einen generellen Willen auf Neubegründung eines Abfindungsanspruchs, quasi als Fallgruppe abstrakter Schuldanerkenntnisse, voraussetzt.

Es bleibt somit bei der bereits oben erläuterten Interpretation, daß aus Gründen der dogmatischen Einordnung deklaratorischer und abstrakter Schuldanerkenntnisse das letztere anzunehmen ist, soweit die Bilanzfeststellung gleichzeitig Entstehungsgrund bestimmter Ansprüche ist. Daher gilt entgegen der von Riegger und Ulmer vertretenen Auffassung die oben getroffene Feststellung, daß das bisher gewonnene Zwischenergebnis, wonach die Feststellung der Abschichtungsbilanz kein abstraktes Schuldanerkenntnis darstellt, insoweit nicht der Überwiegend vertretenen Ansicht zur Rechtsnatur von Bilanzfeststellungen entgegensteht.

c. Ergebnis

Zur Bestimmung des Vertragstyps, dem die Feststellung der Abschichtungsbilanz zuzuordnen ist, bietet sich ein Vergleich mit der Abfindungsvereinbarung an. Es wurde bereits darauf hingewiesen,¹⁾ daß beide Vereinbarungen dem Zweck dienen, zwischen den das Unternehmen fortführenden Gesellschaftern und dem ausscheidenden Gesellschafter verbindlich die Höhe des Abfindungsanspruchs zu bestimmen. Während die Abfindungsklausel die Berechnungs-

1) Vgl. S. 179.

grundlage, z.B. ein bestimmtes betriebswirtschaftliches Berechnungsverfahren, fixiert, dient die Feststellung der Abfindungsbilanz der verbindlichen Bestimmung der der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrundeliegenden Wertfaktoren, wozu beispielsweise das gesamte Anlage- und Teile des Umlaufvermögens¹⁾ der Gesellschaft, aber auch der aufgrund eines bestimmten Verfahrens zu berechnende Geschäftswert gehören.

Beiden Vereinbarungen ist damit gemeinsam, daß sie ein zwischen den Beteiligten bestehendes, in seinen einzelnen Beziehungen aber ungewisses Schuldverhältnis dem Streit der Parteien entrücken, ohne es dabei auf eine neue, von seinem bisherigen Schuldgrund losgelöste selbständige Vertragsgrundlage zu stellen.

Für die Abfindungsvereinbarung ergab sich darüber hinaus, daß die Beteiligten ihre untereinander im Ausscheidensfall entstehenden rechtlichen Verhältnisse im Wege gegenseitigen Nachgebens regeln, so daß eine Einordnung als Vergleich i.S. des § 779 zu erfolgen hatte. Fraglich ist, ob dies auch für die Feststellung der Abschichtungsbilanz gilt.

Hiervon gehen Riegger²⁾ und Zunft³⁾ grundsätzlich wegen der oft schwierigen und streitigen Berechnung insbeson-

1) So werden die Forderungen aus schwebenden Geschäften nicht in die Abschichtungsbilanz aufgenommen, da über sie nach § 740 eine Sonderabrechnung erfolgt, vgl. im einzelnen Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 93 ff.

2) Riegger, S. 131.

3) Zunft NJW 1959, 1945 (1948).

dere des Geschäftswertes aus. Riegger vertritt die Ansicht, daß "hierbei nicht selten letztlich der Wert in die Abschichtungsbilanz aufgenommen wird, der das arithmetische Mittel aus den Vorschlägen des ausscheidenden und des übernehmenden Gesellschafters darstellt, oder die Beteiligten sich darauf einigen, den Wert des einen Gegenstandes nach dem Vorschlag des Ausscheidenden und dafür den eines anderen nach dem des Übernehmers anzunehmen." ¹⁾

Dem ist zuzustimmen. Auch wenn im Einzelfall die eine oder andere Partei ihre Bewertungsvorstellungen im überwiegenden Maße durchsetzen kann, ist dennoch ein Vergleich i.S.d. § 779 anzunehmen. Übereinstimmend wird nämlich die Auffassung vertreten, daß das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens bei der Einordnung bestimmter Vereinbarungen als Vergleich nur eine untergeordnete Rolle spielt, so daß ein geringfügiges Nachgeben für die Einordnung eines Vergleichs bereits ausreichend ist. ²⁾

Im übrigen ist für die Frage der gegen die Feststellung der Abschichtungsbilanz möglicherweise bestehenden Einwendungen der endgültige und im Einzelfall schwierige Nachweis, ob die Einigung im Wege gegenseitigen Nachgebens erfolgte und sie daher als Vergleich einzuordnen ist, nicht erforderlich, wenn man mit der als sachgemäß zu be-

1) Riegger, a.a.O..

2) Vgl. Kübler, S. 115 u. S. 135; Riegger, S. 131.

zeichnenden Ansicht¹⁾ davon ausgeht, daß die in § 779 angeordnete Rechtsfolge auch auf die feststellende Wirkung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses Anwendung finden muß. Die weitgehende Übereinstimmung beider Vertragstypen, insbesondere in ihrer wirtschaftlichen Zweckrichtung, läßt eine diesbezügliche Gleichbehandlung geboten erscheinen.

Gerade im Zusammenhang mit der Frage der gegen eine Abschichtungsbilanz möglicherweise bestehenden Einwendungen der Beteiligten ergeben sich weitere Gesichtspunkte für eine Übernahme der sich aus § 779, I ergebenden Grundsätze. Durch die Feststellung der Abschichtungsbilanz wollen die Gesellschafter die Ungewißheit und den Streit über einzelne Wertansätze der Bilanz endgültig beseitigen. Wäre bei jedem nachträglichen Einwand eines der Beteiligten, daß ein bestimmter Bilanzposten seiner Auffassung nach zu hoch oder zu niedrig angesetzt wurde, die Anfechtungsmöglichkeit nach § 119, II eröffnet, würde der Zustand der Ungewißheit über die tatsächlich zu leistende Abfindungszahlung entgegen den Interessen beider Seiten auch nach der Bilanzfeststellung beibehalten, da sich im Bereich der Aktivierungsfähigkeit und vor allem der bilanziellen Wertansätze eine nachweislich "richtige" Festlegung kaum erreichen läßt, auch wenn für die Abschichtungsbilanz die nach den steuerrechtlichen Vorschriften zugelassenen Bi-

1) Vgl. Kübler, S. 140 ff.; Riegger, S. 131; Larenz, SchuldR II, S. 7 IV, der den Vergleich als einen im Gesetz näher geregelten Sonderfall eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses bezeichnet; auch der BGH geht von der vergleichsähnlichen Natur des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses aus, vgl. BGH NJW 1963, 2316 (2317).

lanzierungs- und Bewertungswahlrechte als Unsicherheitsfaktoren auszuschließen sind.¹⁾

Durch eine generelle Anwendung der sich aus § 779 ergebenden Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeit, unabhängig davon, ob das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens im Einzelfall vorzuliegen braucht, kann den aufgezeigten Interessen der Beteiligten uneingeschränkt Rechnung getragen werden. Nach den für den Vergleich geltenden Anfechtungsgrundsätzen können nämlich solche Umstände, die sich auf einen durch den Vergleich erledigten umstrittenen oder ungewissen Punkt beziehen, nicht als Einwendung geltend gemacht werden.²⁾ Dadurch erhalten gemeinsame Festlegungen bestimmter zweifelhafter Bewertungen einzelner Bilanzposten, aber auch die Aufnahme als nicht unbedingt aktivierungsfähig erkannter Posten, endgültigen Bestand unter den Parteien. Andererseits müssen sie sich solche Wertansätze, die, objektiv falsch, als unzweifelhaft erachtet wurden, nicht entgegenhalten lassen.

Hierzu ist auch der Fall zu zählen, daß die Beteiligten im Zeitpunkt der Bilanzfeststellung unzweifelhaft von der Aktivierungsfähigkeit bzw. Nichtaktivierungsfähigkeit bestimmter Vermögensgegenstände ausgegangen sind. Stellt sich nachträglich diese gemeinsame Annahme als unzutreffend heraus, ist eine nachträgliche Korrektur der Bilanzfeststellung vorzunehmen. Eine solche Korrektur ist der die gesamte Bilanzfeststellung betreffenden Unwirksamkeit, wie

1) Vgl. hierzu im einzelnen Großfeld, S. 66 f.

2) Vgl. S. 29.

sie § 779 anordnet, vorzuziehen, soweit sich die falsche Annahme nur auf bestimmte einzelne Bilanzpositionen bezieht.¹⁾

§ 779 ist insoweit einschränkend zu interpretieren, zumal die Unwirksamkeitsfolge des § 779, I lediglich eine gesetzliche Rechtsfolgearrangierung der fehlenden bzw. weggefallenen Geschäftsgrundlage ist.

Insgesamt kann daher gesagt werden, daß nur eine Einordnung der festgestellten Abschichtungsbilanz als vergleichsähnliches Schuldanerkenntnis bzw. als direkter Vergleich den an sie gestellten wirtschaftlichen Anforderungen in vollem Umfang entspricht.

1) Vgl. Ulmer in Großkomm. HGB § 138, Anm. 58.

3. Feststellung der Jahresbilanz

Es wurde bereits ausgeführt,¹⁾ daß die Feststellung der regulären Jahresbilanz grundsätzlich nicht der Ermittlung der Höhe des Abfindungsanspruchs dient. Der Grund hierfür liegt darin, daß zum einen die Wertansätze der in die Jahresbilanz aufgenommenen Wirtschaftsgüter sich häufig von ihrem "wahren" Wert unterscheiden, indem eine in den Grenzen der GoB zulässige Unterbewertung mit dem Ziel der Bildung stiller Reserven erfolgt. Zum anderen erscheint der Geschäftswert in dieser Bilanz nicht, da er bei der Berechnung des periodischen Betriebsergebnisses einen neutralen Faktor darstellt.

Durch entsprechende Abfindungsvereinbarungen kann aber der wirtschaftliche Zweck der Feststellung der Jahresbilanz erweitert werden, indem die Einigung der Gesellschafter über die hierin getroffenen Wertansätze nicht nur der Ermittlung der auf den einzelnen Gesellschafter entfallenden Gewinnansprüche, sondern auch der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde gelegt werden. Dies ist der Inhalt der sog. Buchwertklausel.

Im Rahmen der Untersuchung der Rechtsnatur der Feststellung der Jahresbilanz könnte dem Hinweis der hierzu überwiegend vertretenen Auffassung,²⁾ die Feststellung einer Bilanz sei ein abstraktes Schuldanerkenntnis i.S. d. Vorschrift des § 781, soweit hierdurch Ansprüche der

1) Vgl. S. 177.

2) Vgl. S. 181, Fn. 1.

Gesellschafter oder Dritter entstehen, besondere Bedeutung zukommen. Soweit man nämlich der Auffassung ist, daß der Anspruch auf Auszahlung des Gewinns erst mit der Feststellung der Jahresbilanz entsteht, und diese Feststellung nicht lediglich die Fälligkeit eines in § 121 HGB begründeten Anspruchs bestimmt, kann man die hierin liegende vertragliche Fixierung der Höhe dieses Anspruchs nur als abstraktes Schuldanerkenntnis definieren. Eine Einordnung der Feststellung der Jahresbilanz als deklaratorisches Schuldanerkenntnis bzw. als kausaler Feststellungsvertrag oder als Vergleich würde zumindest für den Bereich der Ermittlung der Gewinnansprüche von vornherein ausscheiden. Diese Schlußfolgerung folgt aus der fast einhellig vertretenen Abgrenzung der genannten Vertragstypen.¹⁾

Aber auch unter Zugrundelegung der h.M.,²⁾ die Feststellung des Jahresgewinns betreffend, ist zu berücksichtigen, daß aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Buchwertklausel die rechtliche Bedeutung der Feststellung der Jahresbilanz auf die verbindliche Berechnung bzw. die Einigung über die Höhe des Abfindungsanspruchs erweitert werden kann.

In diesem Fall erfüllt die Feststellung der Jahresbilanz einen zusätzlichen wirtschaftlichen Zweck.

Sie dient u.a. einmal der Ermittlung und vertraglichen Fixierung des Anspruchs auf Auszahlung des Gewinnanteils

1) In diesem Sinne die h.M.; vgl. Hueck § 17 III 3, S. 252; Weipert § 122, Anm. 13, RGZ 112, 19 (23).

2) Vgl. S. 181, Fn. 1.

- insoweit ordnet die h.M. sie als abstraktes Schuldanerkenntnis ein - zum anderen der vertraglichen Konkretisierung des unabhängig von ihr mit dem Austritt entstehenden Abfindungsanspruchs - insoweit kommt die Einordnung als deklaratorisches Schuldanerkenntnis bzw. als Vergleich in Betracht.¹⁾

Folgt man der Auffassung der h.M., ergibt sich eine mehrheitliche und in ihrer rechtsgeschäftstypischen Form zugleich unterschiedliche Rechtswirkung der Feststellung der Jahresbilanz. Dieser mehrheitlichen Rechtswirkung wird man nur durch die Annahme eines typengemischten Vertrages gerecht.²⁾

Hierunter versteht man allgemein einen "einheitlichen Vertrag, der Elemente verschiedener gesetzlich geregelter Vertragstypen in solcher Weise miteinander verbindet, daß es nicht angeht, die Rechtsfolgen im wesentlichen nur

-
- 1) Nach dem oben Gesagten ist die Frage, ob wegen des Merkmals des gegenseitigen Nachgebens ein Vergleich anzunehmen ist, für die Frage der gegen diese Bilanzfeststellungen bestehenden Einwendungen ohne Belang, vgl. S. 192.
 - 2) Westermann, Rdz. 302, spricht zutreffend von einem gemischt-rechtlichen Vertrag; auch Zunft NJW 1959, 1945 (1948) ist der Ansicht, daß die Feststellung der Bilanz mehrere Verträge verschiedener Art enthält. Zunft begründet dies mit dem Hinweis auf die Einigung über Entnahmerecht und die gleichzeitig vorliegende Stundungsabrede. Ulmer, Strukturen, S. 207 (217) hat demgegenüber jedoch zutreffend vermerkt, daß es bei der Entscheidung für eine Reservenbildung häufig nicht nur um eine Verschiebung der Auszahlung der erzielten Gewinne geht, sondern auch um eine wertmäßige Verschiebung, sofern ein Gesellschafter vorzeitig zum Buchwert ausscheidet.

der gesetzlichen Regelung eines einzigen Typus zu entnehmen."¹⁾ Dieser Begriffsbestimmung ist schon ein erster Hinweis auf die Beantwortung der Frage zu entnehmen, welche dem einzelnen Vertragstyp zugeordneten Vorschriften auf derartige gemischte Verträge Anwendung finden. Während nach der früher vertretenen Absorptionstheorie jeweils die dem Vertrag zu entnehmende Hauptleistung die Natur des typengemischten Vertrages bestimme,²⁾ ist nach der Kombinationstheorie³⁾ dagegen eine parallele Anwendung der in dem gemischten Vertrag enthaltenen verschiedenen Vorschriften anzunehmen.

Beide Lösungsmodelle enthalten Schwächen. Die Absorptionstheorie bietet keine Antwort für die Problematik solcher gemischter Verträge, deren Leistungen gleichwertig nebeneinanderstehen.⁴⁾ Gerade für die Feststellung der Jahresbilanz trifft dies aber zu. Hier bilden die vertragliche Konkretisierung der Gewinnansprüche und, bei entsprechender Abfindungsklausel, die Fixierung des Abfindungsanspruchs, gleichwertige Vertragsinhalte.

1) So die Definition von Larenz, SchuldR II § 62 I, S. 383; vgl. aber auch Esser I § 15 II 2, S. 102; Palandt-Heinrichs § 305, Anm. 6 b.

2) Vgl. Palandt-Heinrichs § 305, Anm. 6 c.

3) Diese Theorie wird vor allem von Hoeniger, vgl. insbesondere S. 61 ff. vertreten; die Theorie der analogen Rechtsanwendung, die von Schreiber Jher Jb 60, S. 106 (203 ff., 213) vertreten wird, entspricht im Ergebnis der Kombinationstheorie.

4) Vgl. die Kritik von Enneccerus-Lehmann § 100 B 3, S. 385 und Staudinger-Löwisch § 305, Anm. 25.

Andererseits gibt es Fälle, in denen tatsächlich eine Leistung dermaßen überwiegt, daß sie die Natur des Gesamtvertrages prägt.¹⁾

Aus diesem Grunde wird heute durch eine Verbindung der genannten Theorien nach dem Vertragszweck, dem Parteiwillen und der Interessenlage des einzelnen Falles eine Lösung gesucht, die bald mehr in der Absorptionstheorie, bald in der Kombinationstheorie ihre Grundlage findet.²⁾

Wegen der Gleichrangigkeit der wirtschaftlichen Zweckverfolgung gilt danach für die Feststellung der Jahresbilanz, daß auf die in ihr enthaltene Vereinbarung der Beteiligten die für die Auseinandersetzungsbilanz aufgestellten Grundsätze Anwendung finden, soweit es um Rechtsfragen bezüglich der Einigung über die Höhe des Abfindungsanspruchs geht.

Im Ergebnis kommt es somit für die Rechtsnatur der Feststellung der Jahresbilanz, die Einigung über die Höhe des Abfindungsanspruchs betreffend, nicht darauf an, ob man mit dem BGH in der Feststellung der Jahresbilanz die Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf Auszahlung des Jahresgewinns sieht.

1) Larenz, SchuldR II § 62, I, S. 385 nennt als Beispiel den Versandungskauf, bei dem der Verkäufer zusätzlich zu der typischen Verkäuferleistung eine weitere Tätigkeit verspricht, die aber keine selbständige Bedeutung hat.

2) So insbesondere die neuere Rechtsprechung, vgl. BGH DB 1976, 539 (540); aus der Literatur vgl. Enneccerus-Lehmann § 100 B 3, S. 385 f.; Staudinger-Löwisch § 305, Anm. 27 ff.

Es ergibt sich somit zwischen der Feststellung der Abschichtungsbilanz und der Jahresbilanz kein praktischer Unterschied. Aus ihrer Einordnung in die Rechtsgeschäftstypenlehre folgt für beide Arten von Bilanzfeststellungen die Anwendbarkeit der für den Vergleich geltenden Grundsätze, insbesondere aber die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 779, I.

Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt auch aus der allgemeinen Überlegung, daß sich Abfindungsklauseln, die ebenfalls als Vergleich eingeordnet wurden, und Bilanzfeststellungen in ihrer wirtschaftlichen Zweckverfolgung nicht unterscheiden. Beide Vereinbarungen dienen gleichermaßen der vertraglichen Fixierung der Höhe des Abfindungsanspruchs.

Lebenslauf

Am 28.3.1952 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Günter Lubitz und seiner Ehefrau Annemarie in Wuppertal geboren.

Nach dem Abitur im Jahre 1971 und der Ableistung der Grundwehrdienstzeit studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, wechselte im Jahre 1974 zur Université de Lausanne und setzte das Studium ab 1975 in Münster fort.

Am 27. Juni 1978 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab.

Anschließend arbeitete ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht in Münster.

Seit 1980 bin ich bei der Firma Elektra Beckum in Meppen beschäftigt.

